PRB 99-2E

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

THE NISGA'A FINAL AGREEMENT

Mary C. Hurley
Law and Government Division

9 February 1999
Revised 24 September 2001

PARLIAMENTARY RESEARCH BRANCH
DIRECTION DE LA RECHERCHE PARLEMENTAIRE

The Parliamentary Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultation in their respective fields of expertise.

CE DOCUMENT EST AUSSI PUBLIÉ EN FRANÇAIS

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLE OF CONTENTS

Page

INTRODUCTION 1

BACKGROUND 1

A. General 1

B. The Nisga'a Land Question 3

THE *CALDER* DECISION AND LAND CLAIMS 5

THE NISGA'A FINAL AGREEMENT 7

A. Negotiation Process 7

B. Substance: Selective Summary Overview 9
1. Chapter 2: General Provisions 9
2. Chapter 11: Nisga'a Government 11
3. Chapter 12: Administration of Justice 12
4. Other 13

C. Issues Arising 13
1. The Constitutional Questions 14
a. Division of Powers 14
b. *Canadian Charter of Rights and Freedoms* 15
2. The Cost Question 18
3. The Democracy Question 19
4. The Template Question 20
5. The Overlap Question 20
6. The Extinguishment Question 23

D. Ratification of the Final Agreement 24

E. Judicial Proceedings 27

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

THE NISGA'A FINAL AGREEMENT[1]

INTRODUCTION

The Nisga'a Nation pursued its claim to traditional Nisga'a territories in the Nass Valley in northern British Columbia for over a century. The Nisga'a Final Agreement, initialled by representatives of the Nisga'a Nation and the governments of Canada and British Columbia in August 1998 and ratified by the Parties between November 1998 and April 2000, thus represents the product of a lengthy process for recognition of Nisga'a land rights. According to political scientist Frank Cassidy, "[n]o people have asserted their rights for a longer period or with more force than the Nisga'a."[2]

This paper outlines the historical background to the Nisga'a Final Agreement, selected Final Agreement provisions, issues of concern arising during the ratification process, the ratification process itself, and judicial proceedings related to the Final Agreement. It is intended to provide a general overview of these elements, and does not purport to provide an exhaustive analysis of any of them.

BACKGROUND

A. General

As governor of the newly established colony of Vancouver Island, James Douglas made a series of 14 land purchases from Aboriginal peoples between 1850 and 1854. The Douglas Treaties cover approximately 358 square miles of land around Victoria, Saanich, Sooke,

---

(1) Early sections of this paper draw heavily on previous work by Jill Wherrett of the Parliamentary Research Branch.

(2) Frank Cassidy, "Aboriginal Land Claims in British Columbia," in Ken Coates, ed. *Aboriginal Land Claims in Canada: A Regional Perspective*, Copp Clark Pitman, Toronto, 1992, p. 19.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

104-03284/

Nanaimo and Port Hardy, all on Vancouver Island.[3] In concluding the treaties, Douglas recognized Aboriginal title, consistent with the principles of the *Royal Proclamation of 1763*.[4]

The British Columbia mainland became a British colony in 1858. According to one authority, the British government began by acknowledging Aboriginal title in the mainland colony and assuming that Douglas would arrange for the cession of lands.[5] However, no treaties were concluded after 1859,[6] and Douglas took no further action to extinguish Aboriginal title.[7] Instead, he set up Indian villages and allocated land reserves, with most communities granted only limited acreage. Douglas also offered Aboriginal people an opportunity, similar to that offered to new settlers, to participate in the affairs of the colony, including the right to acquire Crown land and become farmers.

Vancouver Island and the mainland were united into one colony in 1866. Joseph Trutch, who had been the dominant Aboriginal policy maker in British Columbia since 1864, did not accept the existence of Aboriginal title and described Indians as savages incapable of holding

---

(3) While the word "treaty" was not used in documents, Douglas's land purchases have consistently been upheld as treaties by the courts (*R.* v. *White and Bob*, 1964; *R.* v. *Bartleman*, 1984; *Claxton* v. *Saanichton Marina Ltd.*, 1989). The Douglas treaties are similar in principle to those signed in Ontario in 1850.

(4) As described in the report of the B.C. Claims Task Force: "From the earliest days of its presence in North America the British Crown pursued a policy, set out in the Royal Proclamation of 1763, that recognized aboriginal title. Aboriginal land ownership and authority was recognized by the Crown as continuing under British sovereignty. An effect of the policy was that only the Crown could acquire lands from First Nations, and only by treaty. By the 1850s, the Crown had signed major treaties with the First Nations in eastern Canada. Ultimately, that process continued west to the Rockies, in advance of European settlement. In most of these treaties First Nations ceded title to the Crown in exchange for substantial land reserves and other rights." British Columbia Claims Task Force, *Report of the British Columbia Claims Task Force*, Ministry of Aboriginal Affairs, Province of British Columbia, 28 June 1991. The Report may be accessed *via* the website of the British Columbia Ministry of Aboriginal Affairs, at http://www.aaf.gov.bc.ca/aaf/pubs/bcctf/toc.htm.

(5) Paul Tennant, *Aboriginal Peoples and Politics: The Indian Land Question in British Columbia, 1849-1989*, University of British Columbia Press, Vancouver, 1990, p. 36.

(6) B.C. was not signatory to Treaty 8, which extended into northeastern B.C.

(7) A variety of explanations have been offered as to why no further treaties were signed. Cassidy, see footnote 2, states that Douglas ran out of funds and was unable to obtain additional resources from the British government (p. 13). Tennant, see footnote 5, considers this as one possibility, but notes that Douglas did have large sums at his disposal for the mainland colony. He suggests that Douglas altered his principles after signing the Vancouver Island treaties, to subscribe to a system that anticipated the assimilation of Indians and the abandonment of traditional communities for homesteads (Chapter 3, esp. p. 36-37).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

concepts of land title and ownership.[8] The right of Aboriginal people to acquire Crown land was removed during his tenure. It was Trutch's position that Indian title had always been explicitly denied in the province; this doctrine was to endure for many years.

Under the Terms of Union governing British Columbia's 1871 entry into Confederation, the federal government assumed responsibility for Indians, consistent with subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, and the provincial government retained authority over land and resources. Although Aboriginal groups appealed to the federal government for larger reserves, and there was ongoing conflict between the federal and provincial governments on this issue, Ottawa did not press the province on the question of Aboriginal title or treaties. In 1874, 56 B.C. chiefs petitioned the federal Indian Commissioner for B.C. for implementation of a federal proposal that reserves contain 80 acres per family. Various other petitions and pleas were made during this period, including by the Nisga'a, as outlined below.

In 1910 Prime Minister Laurier promised to take steps to address the land question, and in 1912 the federal and provincial governments established the McKenna-McBride Commission in order to settle their differences over Indian affairs and lands. The Commission's 1916 report focused narrowly on reserve size, rather than on fundamental issues of ownership and control of land. In 1920, the federal *British Columbia Indian Lands Settlement Act* implemented the McKenna-McBride recommendations. Then in 1927, a joint Senate-House Committee appointed to investigate Aboriginal claims in B.C. recommended that Aboriginal people receive an annual allotment of $100,000 in lieu of treaties. This recommendation, too, was implemented. The same year, an amendment to the *Indian Act* made it illegal for any person to accept payment from an Aboriginal person for the pursuit of land claims.

B. The Nisga'a Land Question

In the 1860s, missionaries entered Nisga'a territory, followed by non-Aboriginal fishers, farmers and loggers. Concerned about the influx of settlers, in 1881 the Nisga'a sent a protest delegation to Victoria. In 1885, three Tsimshian chiefs from the Nass area travelled to

---

(8) Tennant (1990), p. 40.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Ottawa and met with Prime Minister John A. Macdonald to discuss land grievances. In 1886, Nisga'a in the Upper Nass refused to allow surveying by provincial crews, and began an organized land claim process.

The following year, Nisga'a and Tsimshian chiefs went to Victoria to discuss land and self-government issues with Premier William Smithe and federal and provincial officials. Premier Smithe dismissed their claims, characterizing Aboriginal people prior to contact as "little better than the wild beasts of the field."[9] The governments did agree to establish a public inquiry into the land issue, however, and, in 1887-1888, several hearings were held in Nisga'a territory, with Nisga'a representatives making detailed statements about their ownership of the land and their desire for a treaty. The subsequent report, however, dismissed Aboriginal groups' demands for the recognition of title and treaties.

Nisga'a society and politics evolved rapidly after 1888.[10] The Nisga'a Land Committee was formed in 1907[11] as a political organization devoted to the resolution of land issues. By 1908, reserves had still not been set aside for the Nisga'a, who were increasingly concerned about the absence of protection of Aboriginal interests from non-Aboriginal settlement and development on their land. In 1909, the Nisga'a Land Committee formed the Indian Rights Association with other north and south coast B.C. First Nations.

In 1913, the Nisga'a Land Committee petitioned British authorities, asserting both their right to be compensated for any lands they might agree to surrender and, more importantly in their view, the right to reserve other portions of their traditional lands for their own use and benefit on a permanent basis. Much of the land they wished to reserve, however, had already been sold by the province. The Nisga'a also declared that the coming of non-Aboriginal peoples into their territory must be in accordance with the terms of the *Royal Proclamation of 1763*. For the Aboriginal peoples of British Columbia, "the petition became an important political text and

---

(9) Quoted *ibid.*, p. 58.

(10) *Ibid.*, p. 85-86. For example, a Nisga'a newspaper provided a vehicle for organizing the land movement in the area and "revival meetings" (substituting for the outlawed potlatch) served as a platform for speeches on the land question.

(11) Some sources give 1890 as the year of the Committee's establishment.

political catalyst, as well as a symbol of the political struggle of all Indians for their land rights."[12]

In 1915, a Nisga'a delegation met with the Minister responsible for Indian Affairs and Duncan Campbell Scott, deputy superintendent general of Indian Affairs, to defend the petition. Nisga'a chiefs also asserted and explained their claim to title before the McKenna-McBride Commission, and lobbied in Ottawa over a six-week period in 1916. That year, the Nisga'a and 15 other tribal groups formed the Allied Indian Tribes of British Columbia, a province-wide organization for the pursuit of land claims.[13]

In 1924, 76 square kilometres of reserve land (cut from their traditional territories of almost 25,000 square kilometres) were allocated to Nisga'a communities. Claims-related political activity was effectively prohibited by the 1927 amendment to the *Indian Act*, which remained in place until 1951. During this period, the Nisga'a Land Committee was relatively inactive outside the community.

In 1949, Frank Calder, son of a founder of the Nisga'a Land Committee, was elected to the British Columbia Legislature; he used his position to speak out on Indian issues. In 1955, he re-established the Nisga'a Land Committee as the Nisga'a Tribal Council and became its president. The Council's purpose was to work toward resolving the land issue. In 1959, following discussion about launching a common claim with several other B.C. Aboriginal groups, the Nisga'a decided to pursue an independent claim.

THE *CALDER* DECISION AND LAND CLAIMS

In 1968 the Nisga'a hired lawyer Thomas Berger[14] to seek a court declaration that Aboriginal title to the Nass Valley had never been extinguished. The Nisga'a suit, known as the *Calder* case, was argued in the Supreme Court of British Columbia in 1969.[15] The Court accepted the province's arguments that the Nisga'a had no claim to title because the *Royal*

---

(12) Tennant (1990), p. 89.

(13) With the formation of this larger entity, the Indian Rights Association dissolved.

(14) Then NDP leader in British Columbia and a colleague of Frank Calder.

(15) *Calder et al.* v. *Attorney General of British Columbia* (1969), 8 D.L.R. (3d), 59-83.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Proclamation of 1763 did not apply in British Columbia and had therefore not recognized Aboriginal title in the province. The judge added that, even if title did exist, it had been extinguished implicitly by pre-1871 land legislation. The B.C. Court of Appeal unanimously upheld this ruling, commenting that at the time of white settlement, the Nisga'a were a primitive people with few institutions of civilized society and no notions of private property.(16)

The Supreme Court of Canada's 1973 ruling on the Nisga'a appeal represented a landmark for all Aboriginal groups with outstanding claims.(17) Members of the Court split on the question of whether the Nisga'a still had title to the land, but ruled that they had held title prior to the creation of British Columbia. *Calder* confirmed that Aboriginal peoples' historic occupation of the land gave rise to legal rights in the land that survived European settlement, thus recognizing the possibility of present-day Aboriginal rights to land and resources.

The *Calder* decision prompted the federal government to develop a policy to address unsettled Aboriginal land claims. Initially released in 1973, the first "comprehensive land claims policy" was adopted in 1976. It provided, *inter alia*, that only six land claims could be negotiated in Canada at any one time, and only one per province. In 1986, revisions to the comprehensive land claim policy allowed for a broader scope of subject matters to be negotiated within the land claim context, including, for example, offshore wildlife harvesting rights and resource revenue-sharing.(18)

Most significantly, comprehensive land claim agreements now benefit from explicit constitutional protection. By virtue of section 35 of the *Constitution Act, 1982*, the "treaty rights" that are recognized and affirmed under that provision explicitly include rights under existing or subsequently concluded land claim agreements. In addition, the current Liberal government's 1995 recognition of the inherent right of self-government as an existing Aboriginal right under section 35 also had and has consequential effects for comprehensive land claim

---

(16) *Calder et al.* v. *Attorney General of British Columbia* (1970), 13 D.L.R. (3d), 64-110.

(17) *Calder et al.* v. *Attorney General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313.

(18) Minister of Indian Affairs and Northern Development, *Comprehensive Land Claims Policy*, Minister of Supply and Services, Ottawa, 1987. While the new policy allowed Aboriginal parties to retain some rights to land, it did not resolve Aboriginal concerns about loss of other rights under the federal requirement that Aboriginal title to lands and resources be surrendered in exchange for defined rights set out in a land claim settlement.

processes.[19] The inherent right policy provides for constitutional protection of the rights set out in self-government agreements as treaty rights under section 35, either in new treaties, as part of land claim agreements or as additions to existing treaties.[20]

Excluding the Nisga'a Final Agreement, 13 comprehensive land claim agreements or modern treaties have been concluded since the 1973 announcement of the federal government's claims policy, none of which currently provides explicitly for section 35 protection for self-government.[21]

THE NISGA'A FINAL AGREEMENT

A. Negotiation Process

The evolution in land claim policy developments was spanned by the Nisga'a land claim process.

Bilateral negotiations between the Nisga'a and Canada began in 1976 and, in 1989, the parties signed a framework agreement setting out the scope and process of, and topics for, negotiation. British Columbia was not yet a party to the process, as the provincial government maintained its longstanding denial of Aboriginal title and refused to play a role in land claim negotiations.

During the 1980s, however, the activities of local and provincial First Nation organizations, growing public support for Aboriginal issues and a series of court decisions in

---

(19) *Aboriginal Self-Government: The Government of Canada's Approach to Implementation of the Inherent Right and the Negotiation of Aboriginal Self-Government*, Minister of Public Works and Government Services, Ottawa, 1995.

(20) *Ibid.*, p. 8.

(21) The James Bay and Northern Quebec Agreement (1977); the Northeastern Quebec Agreement (1978); the Inuvialuit Final Agreement (1984); the Gwich'in Agreement (1992); the Nunavut Land Claims Agreement (1993); the Sahtu Dene and Métis Agreement (1994); seven Yukon First Nation Final Agreements and corresponding Self-Government Agreements based on the Council for Yukon Indians Umbrella Final Agreement (1993). Other developments in the area of comprehensive land claims are ongoing. For example, in May 1999, representatives of the Labrador Inuit Association and the governments of Canada and Newfoundland and Labrador initialled the Labrador Inuit Land Claims Agreement-in-Principle. In July 1999, the Labrador Inuit voted in favour of the AIP. In January 2000, the Dogrib Comprehensive Land Claim and Self-Government Agreement-in-Principle was signed by the Dogrib Treaty 11 Council and the governments of Canada and the Northwest Territories.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

favour of Aboriginal people led the province to become more responsive to Aboriginal concerns.[22] In 1989, the Premier's Council on Native Affairs created by the then Social Credit government recommended that the province establish a specific process for the negotiation of Aboriginal land claims. In August 1990, the province – although continuing to reject Aboriginal title – agreed to join First Nations and the federal government in tripartite negotiations, and entered the Nisga'a process in October of that year.

In 1991, the three parties accepted the Report of the B.C. Claims Task Force established by their representatives, which outlined the scope and process for land claim negotiations in the province. Significantly, the newly-elected New Democratic Party (NDP) government recognized Aboriginal title and Aboriginal peoples' inherent right of self-government. Its endorsement of the Task Force Report enabled the establishment of the B.C. Treaty Commission and treaty process. It was in this context that the B.C. government began to participate in the Nisga'a negotiations although these predated and took place outside this process. Policy documents indicate some of the factors behind the then provincial government's desire to settle land claims:

> Settling aboriginal issues at the negotiation table – instead of in the courts – will benefit all British Columbians, not just aboriginal people. Treaties will bring certainty to land and resource use, help attract new investment for resource development, create social stability and put an end to costly legal battles between First Nations and the Province.[23]

Having begun in 1990, tripartite negotiations on the Nisga'a claim led to the conclusion of a new framework agreement in 1991. In 1992, the parties also signed an interim protection measures agreement regarding resources and land use. Between 1991 and 1995, federal and provincial negotiators held almost 200 consultation and public information meetings in northwestern British Columbia. Talks continued throughout this period, with various delays.[24]

---

(22) Report of the British Columbia Claims Task Force (1991).

(23) Then B.C. Ministry of Aboriginal Affairs policy document entitled, "Treaty Negotiations in B.C."

(24) These included the temporary suspension of negotiations in 1995 owing to an absence of agreement between the federal and provincial governments on implementation of the terms of the 1993 Canada-

In February 1996, negotiators for the three parties initialled an Agreement-in-Principle (AIP) which was signed in March by then federal Minister of Indian Affairs and Northern Development Ron Irwin, then B.C. Minister of Aboriginal Affairs John Cashore and Nisga'a Tribal Council President Joseph Gosnell Sr. On 4 August 1998, Nisga'a representatives and government negotiators initialled the Nisga'a Final Agreement (the Final Agreement).

B. Substance: Selective Summary Overview

The Final Agreement consists of 22 chapters that exhaustively define Nisga'a rights and responsibilities in relation to land, natural resources, governance, the administration of justice, the environment, taxation and numerous other matters.[25]

1. Chapter 2: General Provisions

This pivotal chapter includes the following stipulations:

- The Final Agreement is a treaty and a land claim agreement under sections 25 and 35 of the *Constitution Act, 1982* (s. 1).
- The Final Agreement does not alter the Constitution, including the distribution of powers between Canada and British Columbia, the identity of the Nisga'a Nation as an Aboriginal people under the *Constitution Act, 1982*, and sections 25 and 35 of that Act (s. 8).
- The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applies to Nisga'a Government (s. 9).
- Nisga'a Lands and Nisga'a Fee Simple Lands as defined in the Final Agreement are not "lands reserved for the Indians" under the *Constitution Act, 1867* or "reserves" under the *Indian Act* (s. 10).

(cont'd)

B.C. Memorandum of Understanding on cost-sharing. Information on this MOU is contained in a 1999 document prepared for the B.C. government by Grant Thornton Management Consultants entitled "Financial and Economic Analysis of Treaty Settlements in British Columbia," located at http://www.aaf.gov.bc.ca/aaf/pubs/thorntonapp.htm#a.

(25) The full text of the Final Agreement may be consulted at http://www.aaf.gov.bc.ca/aaf/treaty/nisgaa/docs/nisga_agreement.html.

- Federal and provincial laws apply to the Nisga'a and their lands, but the Final Agreement and settlement legislation prevail to the extent of any inconsistency between them and provisions of any federal or provincial law (s. 13).[26]
- If a Nisga'a law has an incidental impact in an area over which Nisga'a Government has no authority that is inconsistent with a federal or provincial law, the latter prevails to the extent of the inconsistency (s. 54).
- Subject to specified exceptions, the *Indian Act* ceases to apply to the Nisga'a, except for the purpose of determining "Indian" status (s. 18).
- The Final Agreement constitutes the "full and final settlement" with respect to the Aboriginal rights (including title) of the Nisga'a Nation (s. 22).
- The Final Agreement exhaustively sets out Nisga'a section 35 rights, which are: the Aboriginal rights (including title) of the Nisga'a Nation, as modified [into Treaty rights] by the Final Agreement, the jurisdictions, authorities and rights of Nisga'a Government, and the other section 35 rights (s. 23).
- The Nisga'a release to Canada any Aboriginal right, including title, that is other than the section 35 rights set out in the Final Agreement (s. 26), and release Canada and the province from any future claims whatsoever relating to any act before the Final Agreement takes effect that may have affected Nisga'a Aboriginal rights, including title (s. 27).
- Federal settlement legislation will provide that British Columbia law not ordinarily applicable to the Nisga'a will apply, subject to federal law and in accordance with the Final Agreement (s. 29).
- The Final Agreement does not affect the section 35 rights of any Aboriginal people other than the Nisga'a Nation (s. 33) and, should a superior court determine that such rights are adversely affected by the Final Agreement, the Parties will strive to remedy or replace the offending provision(s) (s. 34).

---

(26) Analogous provisions are found in other land claim agreements. See, for example, s. 3.1.22 and 3.1.23 of the 1992 Gwich'in Comprehensive Land Claim Agreement.

- If another treaty or land claim agreement adversely affects Nisga'a section 35 rights set out in the Final Agreement, additional or replacement rights or another suitable remedy will be provided by British Columbia and/or Canada (s. 35).[27]
- Unless explicitly subject to bipartisan consent, amendments to the Final Agreement require the consent of all three Parties (s. 36-40).

2. Chapter 11: Nisga'a Government

The Final Agreement's governance provisions:

- provide that the exercise of Nisga'a Government jurisdiction will evolve over time (s. 4);
- require the Nisga'a Nation to have a Constitution and specify its required contents (s. 9);
- require Nisga'a Government to consult with non-Nisga'a residents on Nisga'a Lands about decisions that "directly and significantly affect them," to provide that these individuals may participate in Nisga'a Public Institutions whose activities affect them, and avail themselves of appeal or review procedures in respect of administrative decisions (s. 19-21);
- provide that the Final Agreement prevails to the extent of any conflict with provisions of any Nisga'a law (s. 32);
- provide that if Nisga'a Government exercises its discretionary authority to make laws in specified areas, such laws will prevail over inconsistent federal or provincial laws: these areas include the administration and management of Nisga'a Government (s. 36), Nisga'a citizenship (s. 40), culture and language (s. 43), Nisga'a Property in Nisga'a Lands,[28] the Regulation and Administration of those Lands (s. 45 and 49), Nisga'a assets on Nisga'a Lands (s. 55),[29] the organization and structure for the delivery of health services on Nisga'a Lands (s. 84), child and family services on Nisga'a lands (s. 91),[30] adoption of Nisga'a

---

(27) Sections 34 and 35 did not appear in the AIP, and relate to potential difficulties arising as a result of overlapping claims by First Nations conducting separate treaty negotiations. See subsequent text under the heading "The Overlap Question."

(28) Under the Final Agreement, the Nisga'a Nation becomes fee simple owner of "Nisga'a Lands," as defined in Chapter 1.

(29) In the event of conflict between Nisga'a law concerning Nisga'a assets off Nisga'a Lands and federal or provincial law, the latter prevails.

(30) Nisga'a law-making authority in this area must provide for standards comparable to provincial standards.

children (s. 99), pre-school to grade 12 education of Nisga'a children on Nisga'a Lands (s. 101), the devolution of cultural property of Nisga'a citizens who die intestate (s. 116);

- provide that if Nisga'a Government exercises its discretionary authority to make laws in other specified areas, federal or provincial laws prevail to the extent of any inconsistency or conflict: these areas include public order, peace and safety (s. 62),[31] traffic and transportation (s. 74),[32] the solemnization of marriage (s. 76), provision of social services (s. 79), health services (s. 83),[33] intoxicants (s. 111), emergency preparedness (s. 123); and
- provide that Nisga'a Government may adopt federal or provincial laws in relation to matters under its jurisdiction (s. 129).

3. Chapter 12: Administration of Justice

Provisions in this chapter:

- state that in the event Nisga'a Government decides to provide policing within Nisga'a Lands by establishing a Nisga'a Police Service, it must make laws to establish that Service and a Nisga'a Police Board: these laws must include provisions that either conform to or are compatible with provincial laws in identified areas (s. 3 and 4);
- provide that the Nisga'a Police Board may exercise its functions only when the Lieutenant Governor in Council has approved its structure and appointed its members (s. 6);
- authorize the Minister with responsibility for policing in British Columbia to intervene in policing matters on Nisga'a Lands if she/he is of the view that such intervention is required to ensure effective policing (s. 19);
- stipulate that if Nisga'a Government decides to establish a Nisga'a Court to administer Nisga'a laws, it must make laws providing for judicial standards, supervision and appeal procedures (s. 33); and

---

(31) Criminal law is expressly excluded from Nisga'a Government authority.

(32) Nisga'a law-making authority in these areas is specified as being "to the same extent as [British Columbia] municipal governments have authority."

(33) Nisga'a Government is required to notify British Columbia and Canada of its intention to make laws in areas of social services, health services, child and family services, adoption and education, and to consult with Canada or B.C., at the request of either, on a number of specific topics in relation to which the parties may negotiate agreements (s. 27-29).

- provide that a Nisga'a Court must be approved by the Lieutenant Governor in Council prior to exercising any functions (s. 34), define the court's jurisdiction (s. 38-41), and provide for accused persons liable to a sentence of imprisonment under Nisga'a law to elect to be tried in the British Columbia Provincial Court (s. 43).

4. Other

Additional law-making authority is set out in various chapters of the Final Agreement, each of which sets out conditions under which and/or the extent to which that authority may be exercised. They include chapters relating to Forest Resources (Chapter 5), Fisheries (Chapter 8), Wildlife (Chapter 9), Environmental Assessment (Chapter 10) and Taxation (Chapter 16).

The Final Agreement also contains provisions relating to the transition from the *Indian Act*'s application to the Nisga'a in certain areas (Chapter 13), to relationships between the Nisga'a and regional government (Chapter 18), and to a dispute resolution mechanism to apply to conflicts among the Parties over the Final Agreement's interpretation, application or implementation (Chapter 19).

C. Issues Arising[34]

Under the terms of the Final Agreement, ratification by the three Parties was a precondition of its validity.[35] Throughout the ratification process, the Final Agreement sparked debate on a number of topics. Concerns raised include the following.

---

(34) Material under this heading was gathered, in part, from media reports of responses to the Final Agreement since August 1998.

(35) See Chapter 22, "Ratification."

1. The Constitutional Questions

a. Division of Powers

Provincial Liberal leader Gordon Campbell maintained that the Final Agreement amended the Constitution, creating an unconstitutional third order of government and affecting the fundamental rights of British Columbians. In his view, a province-wide referendum was required under the province's *Constitutional Amendment Approval Act*, a position shared by Bill Vander Zalm, leader of the Reform Party of B.C., and others. The then provincial Premier, federal negotiators, the Nisga'a and others rejected the notion that the Final Agreement amended the Constitution or necessitated a provincial referendum.

In July 1998, the then Acting Chief Commissioner of the B.C. Treaty Commission expressed the concern, shared by other observers, that, quite aside from the technicalities of the constitutional issue *per se*,

> A public referendum is the wrong tool to use for ratification of treaties, for these reasons:
> 1. The parties have agreed otherwise.
> 2. Treaties are about rights, not about voter preferences.
> 3. A referendum is too blunt an instrument to deliver meaningful input on an issue as complex as a treaty.
>
> ...
>
> The referendum among the Nisga'a is another matter. Aboriginal rights are collective rights, held by aboriginal people, not by band councils or tribal councils. The treaty will not be legally binding until approved by those aboriginal people. And the federal government, which has a legal obligation to deal with First Nations in the context of a relationship of trust, needs the ratification of individual members in order to protect its own position. So, the fact that the treaty will be ratified by Nisga'a members is not an argument for ratification by voters at large, whose governments have the authority and responsibility to enter into treaties on their behalf.

In the view of the Acting Chief Commissioner, a referendum process would mark the end of the negotiation of modern-day treaties throughout British Columbia.[36]

---

(36) British Columbia Treaty Commission, *News Release*, "Referendum Is the Wrong Way to Ratify Treaties," Vancouver, 30 July 1998, accessible *via* the BCTC website, at http://www.bctreaty.net/.

Constitutionalists also differed on the issue of the Final Agreement's constitutionality. Mel Smith, a former consultant to previous B.C. governments, criticized the Final Agreement on constitutional grounds, while others, including Dean Peter Hogg of Osgoode Hall Law School, upheld the Final Agreement's constitutionality as consistent with section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

b. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

Differing views were also expressed on the question of whether the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) applies to Aboriginal government. In his July 1998 legal opinion for the B.C. Liberal Party, Mel Smith considered it highly debatable whether a Final Agreement provision stating that the Charter applies to Nisga'a Government was effective, in light of the terms of section 32 of the Charter.(37) Smith questioned whether Nisga'a Government would be under federal or provincial authority within the meaning of section 32.

Other commentators have taken similar positions on the relationship between the Charter and the exercise of an inherent right of self-government. It has been argued that Supreme Court of Canada rulings establish that "the *Charter* [does] not apply to the independent exercise of governmental powers by bodies autonomous from the federal and provincial governments."(38)

---

(37) Section 32 provides that the Charter applies to "the Parliament and the government of Canada" and to the "legislature and government of each province" in respect of all matters within their respective authority.

(38) Kenneth Tyler, "Another Opinion: A Critique of the Paper Prepared by the Royal Commission on Aboriginal Peoples Entitled: 'Partners in Confederation'," Paper prepared for the Continuing Legal Education Program of the Canadian Bar Association on the topic "The Inherent Right of Aboriginal Self-Government," Toronto, 1994, p. 23-24. Supreme Court of Canada decisions cited by Tyler discuss the scope of section 32 in the context of cases involving litigation between private parties and challenging university, hospital and college policies. The first of these, *R.W.D.S.U.* v. *Dolphin Delivery Ltd.* (1986), 33 D.L.R. (4th) 174, is frequently cited in relation to the application of section 32. In it, McIntyre J. stated: "Section 32(1) refers to the Parliament and Government of Canada and to the legislatures and governments of the provinces in respect of all matters within their respective authorities." (p. 194) "It is my view that s. 32 of the Charter specifies the actors to whom the Charter will apply. They are the legislative, executive and administrative branches of government." (p. 195) "It would also seem that the Charter would apply to many forms of delegated legislation, regulations, Orders in Council, possibly municipal by-laws, and by-laws and regulations of other creatures of Parliament and the legislatures. It is not suggested that this list is exhaustive." (p. 198) It is worth noting that the Charter has been found to apply to First Nation by-laws under the *Indian Act* and the *Cree-Naskapi (of Québec) Act*.

Some proponents of the section 35 inherent right of self-government have advanced different reasons for disputing the Charter's application to Aboriginal governments. A 1994 research paper prepared for the Royal Commission on Aboriginal Peoples (RCAP) reasoned that the language of section 32 did not encompass and should not be imposed on Aboriginal governments exercising their inherent section 35 right; that unilateral non-consensual imposition of the Charter would repeat events of the past "when Aboriginal peoples were often not given the opportunity to participate when important decisions affecting their constitutional rights were made",[39] that the right of self-government is protected by section 25 of the Charter,[40] which is "clearly intended to shield the rights of the Aboriginal peoples, and thus the right of self-government, not just from abrogation [destruction] but from derogation [limitation] by the Charter as well."[41]

Advocates for the view that the Charter applies to Aboriginal governments include Dean Peter Hogg and Mary Ellen Turpel. While conceding that the extent to which the Charter constrains Aboriginal self-government is unclear, Hogg and Turpel nevertheless conclude it is "probable that a court would hold that Aboriginal governments are bound by the *Charter*." In their view, since a self-government agreement requires a statute to indicate that it binds third parties, "[t]he statute implementing the self-government agreement probably constitutes a sufficient involvement by the Parliament of Canada to make the *Charter* applicable."[42] On the question of whether the Charter's section 25 "shield" might exempt the

---

(39) Kent McNeil, "Aboriginal Government and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: A Legal Perspective," p. 3. The document is contained on the RCAP compact disk and may be obtained from the Library of Parliament's Reference Branch. In the Final Agreement, the Nisga'a agreed to the application of the Charter to their governments and legislation.

(40) Subsection 25(b) reads "The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples in Canada, including ... any rights that now exist by way of land claim agreements or may be so acquired." It is generally agreed that section 25 serves as a shield that protects Aboriginal and treaty rights from adverse effects of Charter rights and, in particular, from challenge under section 15 of the Charter. The prohibition of racial discrimination in that section is not to be interpreted, that is, as an abrogation or derogation from Aboriginal or treaty rights.

(41) McNeil, note 39, p. 5.

(42) Peter Hogg and Mary Ellen Turpel, "Implementing Aboriginal Self-government: Constitutional and Jurisdictional Issues" (1995), 74 *Canadian Bar Review* 187, p. 214. The article was originally prepared for the RCAP, and is also published in a RCAP volume entitled *Aboriginal Self-Government: Legal and Constitutional Issues* (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1995).

exercise of Aboriginal self-government from Charter application, Hogg and Turpel consider blanket immunity unlikely, although "[t]he application of the *Charter*, when viewed with section 25, should not mean that Aboriginal governments must follow the policies and emulate the style ... of the federal and provincial governments. Section 25 allows an Aboriginal government to design programs and laws which are different, for legitimate cultural reasons, and have these reasons considered as relevant should such differences invite judicial review under the *Charter*."(43)

The 1996 RCAP Report's "intermediate solution" was founded on principles that: 1) in their relations with governments, including Aboriginal governments, all in Canada are entitled to the protection of the Charter's general provisions; and 2) the Charter should be interpreted, by virtue of section 25, so as to allow scope for Aboriginal distinctiveness. Although the *Constitution Act, 1982* did not provide explicitly for Aboriginal governments, "if section 35(1) is interpreted as recognizing the inherent right [of self-government], ... section 32(1) should be read in a way that takes account of this recognition."(44) In the RCAP's view, the terms of section 32 allow for subjecting government bodies that are not explicitly named to the Charter. In addition, the Charter's application to Aboriginal governments is "tempered by the mandatory provisions of section 25," which preclude Charter interpretation that would undermine their basic powers. While section 1 of the Charter is available to Aboriginal governments, section 25 also "enables an Aboriginal government to argue that certain governmental rules and practices, which may seem unusual by general Canadian standards, are consistent with the particular culture, philosophical outlook and traditions of the Aboriginal nation, and as such are justified."(45)

---

(43) *Ibid.*, p. 215.

(44) Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, Volume II, Part One, *Restructuring the Relationship* (Ottawa: Minister of Supply and Services, 1996), p. 231.

(45) *Ibid.*, p. 232.

2. The Cost Question

It was argued that negotiators misled the public by originally quoting a $190-million price tag for the Final Agreement, while the real cost was estimated at approximately $500 million when direct and indirect costs were factored in. Some critics placed the cost of the Final Agreement at over $1 billion.

Federal government documents[46] explained that under the terms of the Final Agreement, the Nisga'a will receive a total of one-time payments of $253 million, in 1999 dollars. This figure represents a capital transfer of $196.1 million to be paid over 15 years, principally by the federal government; $11.8 million, shared by Canada and B.C., for the purchase of commercial fishing vessels and licences; $40.6 million to be paid over five years for transition and implementation activities, including $30 million federal money for infrastructure and capacity development and training, and $10.6 million for activities such as fisheries studies, forestry training, preparation of Nisga'a laws, and so forth; and an estimated $4.5 million for forestry transition funding. In addition, Canada will pay $10.3 million for the establishment of a fisheries conservation trust and $3.2 million to B.C. to assist persons potentially affected by the Final Agreement; Canada and the province will share estimated costs of $3.1 million for surveying Nisga'a Lands and $30 million for purchasing third party interests.

The documents indicate that British Columbia's major contribution to the settlement costs is in the form of land, with "Nisga'a Lands" under the Final Agreement valued at approximately $108.6 million in 1999 dollars, forgone forestry revenues valued at $37.5 million, and approximately $40 million for paving the Nisga'a Highway. The total cost of the Final Agreement, including ascribed values, is quoted as $487.1 million in 1999 dollars, with the federal share being $255 million.

In addition, a three-way funding arrangement among Canada, British Columbia and the Nisga'a is set out in the Fiscal Financing Agreement (FFA), a renegotiable five-year deal that is one of several side agreements to the Final Agreement. The initial FFA provides for

---

(46) Department of Indian Affairs and Northern Development (DIAND), *Backgrounder*, "Financial Arrangements," "Nisga'a Final Agreement: Summary of One-Time Costs," May 1999, available *via* the DIAND website at http://www.inac.gc.ca/pr/agr/nsga/index_e.html, under the heading "Government of Canada Signs Historic Nisga'a Agreement."

annual transfers to the Nisga'a of over $32 million, 90% of which is already available under current arrangements with *Indian Act* Nisga'a First Nations. These moneys are to provide for program and service delivery related to health, social, education and other local services, as well as land and resource management. Nisga'a Government will contribute to the cost of program and service delivery under a second side agreement, an Own-Source Revenue Agreement (OSRA) that details how Nisga'a Government revenues such as commercial and investment income and taxation income will serve to reduce fiscal transfers from Canada and B.C. over time. The term of the OSRA is a minimum of 12 years; it may be continued for successive two-year periods.

3. The Democracy Question

Some observers branded certain of the Final Agreement's Chapter 11 self-government provisions undemocratic. Critics expressed concerns that the Nisga'a Constitution explicitly requires democratic accountability of Nisga'a Government only to Nisga'a citizens, that voting rights for Nisga'a Government are restricted to Nisga'a citizens, as determined by Nisga'a law, while Nisga'a Government is entitled to pass laws affecting non-Nisga'a residents on Nisga'a Lands.[47] The Final Agreement does not, however, prevent the conferring of citizenship under Nisga'a law on non-Aboriginal persons such as non-Nisga'a residents on Nisga'a lands.

The Nisga'a self-government structure was also criticized as instituting race-based government that is contrary to the notion of equality before the law and accords the Nisga'a "special status." It was further argued that the Final Agreement would introduce taxation without representation for non-Nisga'a residents. In fact, Chapter 16 of the Final Agreement, dealing with taxation, explicitly restricts Nisga'a Government's direct taxation jurisdiction to Nisga'a citizens on Nisga'a Lands. Chapter 16 does provide for the possibility of federal and/or provincial negotiations with the Nisga'a for the purpose of attempting to reach

---

(47) In this respect, it is worth noting that under the *Indian Act*, Indian bands have been authorized to establish their own membership codes since 1985, and that only band members are entitled to vote in band council elections. From an interpretive point of view, the fact that the Nisga'a Constitution must spell out accountability measures in respect of Nisga'a citizens does not signify that it is precluded from instituting additional accountability measures.

agreement on the extent, if any, to which that direct taxation authority might be provided in respect of non-Nisga'a residents on Nisga'a Lands.[48]

4. The Template Question

Some, including, initially, the then B.C. Premier, characterize the Final Agreement as a template for subsequent B.C. treaties. Critics suggest that as a result, treaty settlements will ultimately prove unduly costly for the province, and engender unduly numerous, complex and balkanized governmental structures.

The Nisga'a do not share the "template" view of the Final Agreement. Other B.C. First Nations, and other commentators also argue against the notion that the Final Agreement is or can serve as a template for subsequent modern treaties, given the vastly differing circumstances and geographical contexts of First Nations and their claims across the province.[49] Government spokespersons agree that the template characterization is incorrect, but add that certain provisions would likely be a common feature of future treaties. These most likely include the central "General Provisions." It is also worth noting in this respect that numerous provisions of the Final Agreement themselves reflect provisions relating to analogous substantive subject matters in previous comprehensive land claim agreements.

5. The Overlap Question

The Gitanyow First Nation has been engaged in negotiations under the British Columbia treaty process since 1993. Most of the territory claimed by the Gitanyow lies within

---

(48) Since 1988, the *Indian Act* has authorized First Nations to collect taxes on reserve land, including land leased to non-Aboriginal residents or businesses. First Nation property taxation by-laws must be approved by the federal Minister of Indian Affairs and Northern Development. Numerous British Columbia First Nations have enacted taxation by-laws since 1990. The B.C. *Indian Self-Government Enabling Act* of 1990 prevents double taxation by providing for provincial and municipal authorities to withdraw from taxing reserve lands when First Nation taxation by-laws take effect.

(49) By way of example, the governance chapter in the Sechelt Agreement-in-Principle, signed in April 1999, is not modelled on the Final Agreement. Under the Sechelt AIP, the first to be reached under the B.C. Treaty Commission process, Sechelt self-government will continue under existing self-government arrangements, as set out in the 1986 *Sechelt Indian Band Self-Government Act*, which are not constitutionally protected. The AIP may be consulted at the B.C. Ministry of Aboriginal Affairs website, at: http://www.aaf.gov.bc.ca/aaf/nations/sechelt/secheltaip199.htm.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

the Nass watershed; under the terms of the Final Agreement, the Nisga'a hold title to portions of this territory. The Gitxsan[50] and Tahltan Nations also claim territory in the Nass watershed.[51]

In March 1998, prior to the conclusion of the Final Agreement, hereditary chiefs of the Gitanyow initiated court proceedings seeking declarations: (1) that in undertaking to negotiate a treaty with the Gitanyow under the B.C. treaty process, and in proceeding with those treaty negotiations, the federal and provincial Crowns are obliged to negotiate in good faith and to make every reasonable effort to conclude and sign a treaty with the Gitanyow; and (2) that for the federal and provincial Crowns to conclude a treaty with the Nisga'a "or to allow the designation for any purpose related to the Nisga'a Treaty over lands and resources in respect of which Gitanyow, Canada and British Columbia are involved in a treaty process until treaty negotiations with the Gitanyow are concluded" would be contrary to the Crown's duty to negotiate in good faith, significantly undermine the Gitanyow claim to "overlapping" territory in the Nass Valley and nullify the Gitanyow treaty process.[52]

In March 1999, Williamson J. of the British Columbia Supreme Court ruled on the first issue. He held that, while the federal and provincial Crowns were not under an obligation to enter into treaty negotiations with the Gitanyow, having done so their fiduciary obligations toward Aboriginal peoples resulted in "a duty to negotiate in good faith" that was binding on all Crown representatives. A declaration to that effect was issued.[53] In April, Canada and British Columbia appealed the ruling on the basis, *inter alia*, that subjecting the treaty process to court supervision could turn negotiations into an avenue for litigation.[54] Originally scheduled for May 2000, the appeal, like the second question raised by the Gitanyow,

---

(50) The Gitanyow are culturally Gitxsan.

(51) A discussion of overlapping claims in the Nass River watershed from the Gitxsan and Gitanyow perspective can be found in Neil Sterritt, "The Nisga'a Treaty: Competing Claims Ignored!," *B.C. Studies*, No. 120, Winter 1998-99, p. 73.

(52) *Gitanyow First Nation* v. *Canada*, [1999] 1 C.N.L.R. 66, par. 1 (B.C.S.C.).

(53) *Luuxhon et al.* v. *Her Majesty The Queen in Right of Canada et al.*, [1999] 3 C.N.L.R. 89, par. 70-75.

(54) DIAND, *News Release*, "Federal Government Concerned Decision Undermines Treaty Negotiation Process – Appeals *Luuxhon* Ruling," Vancouver, 21 April 1999, available online at http://www.inac.gc.ca/nr/prs/j-a1999/index_e.html.

remains in abeyance.[55] In November 1999, subsequent to the resumption of active negotiations in June of that year,[56] the federal and B.C. governments made the Gitanyow a land and cash offer.[57] Although the Gitanyow criticized the joint offer for failing to take adequate account of their concerns,[58] the parties have continued to negotiate,[59] with some progress apparently achieved in 2000 and 2001.[60]

The overlap issue affects many claims in British Columbia. In deciding a preliminary procedural matter in the Gitanyow case, Williamson J. noted that "myriad Court applications seem inevitable unless the treaty negotiation process deals with overlapping claims." In his view, "if the parties fail to deal with [this] conspicuous problem, they may well face Court imposed settlements which are less likely to be acceptable to them than negotiated settlements."[61]

In *Delgamuukw* v. *British Columbia*, the Supreme Court of Canada encouraged the negotiation rather than litigation of Aboriginal title claims, adding that "[t]hose negotiations should also include other Aboriginal nations which have a stake in the territory claimed."[62] The British Columbia Treaty Commission has also underscored the urgent need for governments and First Nations to address the sensitive overlap question.

---

(55) Correspondence with DIAND official, 20 September 2001.

(56) British Columbia Treaty Commission, *Annual Report 1999*, "First Nations in Stage 4, Agreement in Principle Negotiations: Gitanyow Hereditary Chiefs," June 1999, accessible *via* the BCTC website, at http://www.bctreaty.net/annuals/99stage4.html.

(57) B.C. Ministry of Aboriginal Affairs, *Treaty Negotiations Information Bulletin*, "Canada and B.C. Present Settlement Offer to Gitanyow," 29 November 1999, located at http://www.aaf.gov.bc.ca/aaf/gitoffernov27.htm.

(58) Suzanne Fournier, "Offer Insulting, Say Gitanyow," *Vancouver Province*, 30 November 1999, p. A15.

(59) British Columbia Treaty Commission, *Annual Report 2000*, "Status of Each Negotiation," June 2000, accessible *via* the BCTC website, at http://www.bctreaty.net/annuals/00status.html.

(60) British Columbia Treaty Commission, *Annual Report 2001: The Year in Review*, "Status of Each Negotiating Table," September 2001, accessible *via* the BCTC website, at http://www.bctreaty.net/annuals/2001%20Annual%20Report.pdf.

(61) *Gitanyow First Nation* v. *Canada*, [1998] 4 C.N.L.R. 47, par. 41 (B.C.S.C.).

(62) [1997] 3 S.C.R. 1010, par. 185-86.

> The First Nations Summit, Canada and B.C., in reviewing the treaty process as a result of the Delgamuukw decision, have agreed to examine the issue of overlaps. The Treaty Commission believes that experience in B.C. and elsewhere will lead the parties to conclude that it is essential to resolve issues relating to overlap claims early in negotiations, well before the parties agree to the contents of an Agreement-in-Principle.(63)

The BCTC proposed that "agreements in principle should be signed only if a number of key guidelines [in the area of overlapping claims] are met."(64) This position was reiterated by the Chief Commissioner of the BCTC in testimony before parliamentary committees considering federal ratification legislation.(65)

The general consensus among the Parties, the BCTC, First Nations groups and other experts in Aboriginal matters is that overlap situations are best resolved between or among affected First Nations prior to the conclusion of any land claim agreement. According to the Minister of Indian Affairs and Northern Development, current federal policy holds that despite the absence of an overlap agreement, a treaty may be concluded with a First Nation that is ready to settle where: 1) the group has held good faith negotiations with its neighbour(s); 2) measures to resolve the overlap have proved unsuccessful; and 3) the treaty explicitly provides that it will not affect any Aboriginal or treaty rights of any other Aboriginal group.(66)

6. The Extinguishment Question

The highly problematic "extinguishment" language of cession and surrender used in previous land claim agreements was not reiterated in the Final Agreement. According to some, essentially the same result flows from the "modified rights" approach in Chapter 2 general

---

(63) British Columbia Treaty Commission, *Annual Report 1998*, "Overlaps," located at http://www.bctreaty.net/annuals/98overlaps.html.

(64) British Columbia Treaty Commission, *Newsletter*, "Overlap Agreements a Must in Treaty Negotiations," Vancouver, October 1998, located at http://www.bctreaty.net/updates/oct98overlap.html.

(65) See, for example, Standing Senate Committee on Aboriginal Peoples, Issue No. 4, 23 February 2000, evidence of Miles Richardson, available *via* the Committee's website.

(66) *Ibid.*, Issue No. 7, 23 March 2000, evidence of Hon. Robert Nault, P.C., available *via* the Committee's website.

provisions referred to above dealing with exhaustive definition of section 35 rights and "release." This issue remains a pressing one for First Nations for which extinguishment or its equivalent ought not to be a pre-condition for treaty conclusion. The opposing view holds that the language is necessary because treaties must produce certainty and ensure finality.

In this respect, it should be noted that reports to the federal government have addressed the extinguishment issue. In 1995, both the federal fact finder mandated to explore alternative treaty models[67] and the Royal Commission on Aboriginal Peoples suggested that certainty might be achieved without extinguishment, with the latter recommending that the policy be abandoned in favour of one viewing modern treaties as instruments of co-existence.[68] The then Minister of Indian Affairs said that he would use these reports and other proposals in giving further consideration to the extinguishment issue. In April 1999, the United Nations Human Rights Committee recommended to the federal government "that the practice of extinguishing inherent aboriginal rights be abandoned as incompatible with article 1 of the [*International Covenant on Civil and Political Rights*]."[69] To date, no comprehensive new policy has been released, leaving a contentious issue for Aboriginal groups unresolved.

D. Ratification of the Final Agreement

The validity of the Final Agreement hinged on ratification by the Nisga'a, British Columbia and Canada.

---

(67) The Hon. A.C. Hamilton, *A New Partnership*, Minister of Public Works and Government Services, Ottawa, 1995. Hamilton advised that certainty could be secured by incorporating six essential elements in treaties, including: provisions detailing the land and resource rights of all Parties as well as the rights of others affected by the treaty; mutual assurance clauses in which the Parties agree to abide by the treaty; mutual statements that the treaty satisfies the claims of all Parties to the land covered by the treaty and that no future claims will be made except as they arise under the treaty; a dispute resolution process, and so forth.

(68) Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Treaty Making in the Spirit of Co-Existence: An Alternative to Extinguishment*, Minister of Public Works and Government Services, Ottawa, 1995.

(69) *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Canada*, CCPR/C/79/Add.105, 7 April 1999, par. 8. See also *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Canada*, E/C.12/1/Add.31, 10 December 1998. The documents may be accessed *via* the website of the United Nations High Commissioner for Human Rights at http://www.unhchr.ch/.

For the Nisga'a, ratification processes involving Nisga'a assembly consideration of the Final Agreement, followed by a referendum, were completed in November 1998. Members of the Nisga'a Nation endorsed the Final Agreement by a vote of 1,451 (61%) to 558 (23%), with 356 (15%) eligible voters not taking part in the vote.(70) Among Nisga'a opponents to the Final Agreement, a prominent concern appeared to be that too much territory had been conceded by Nisga'a negotiators in light of the area initially claimed.(71)

Ratification by Canada and B.C. required signature of the Final Agreement by an authorized Minister of the Crown, and the enactment of settlement legislation. On 30 November 1998, Bill 51, the Nisga'a Final Agreement Act, was introduced in the British Columbia Legislative Assembly. The ratification bill passed second reading on 13 January 1999, with detailed study in Committee of the Whole beginning the following day.(72) Following a government motion to end debate, the bill was passed on 22 April 1999.(73) Conflicting views on the constitutional issues referred to above, and other legal and constitutional questions, found frequent expression throughout the Bill 51 legislative process.

On 4 May 1999, then Minister of Indian Affairs and Northern Development Jane Stewart signed the Final Agreement on behalf of Canada. The federal legislative process began with the introduction in the House of Commons of Bill C-9, An Act to give effect to the Nisga'a Final Agreement, on 21 October 1999. On 1 November, the bill was referred to the House of

---

(70) Canada NewsWire, "Official Results of the Vote on the Nisga'a Treaty and the Nisga'a Constitution," New Aiyansh, B.C., 13 November 1998. With this vote, members of the Nisga'a Nation also accepted the Nisga'a Constitution provided for in Chapter 11 of the Final Agreement.

(71) In April 2000, the B.C. Supreme Court ruled that the interlocutory injunction application of a small group of Nisga'a seeking to prevent the coming into force of federal ratification legislation ought not to proceed while the bill was still before the Senate: *House of Sga'nisim, Nisibilada* v. *Canada*, 5 April 2000, [2000] B.C.J. No. 831 (Q.L.), affirmed by the British Columbia Court of Appeal on 20 April, [2000] B.C.J. No. 821. On 20 April, following the completion of ratification proceedings by Parliament, the B.C. Supreme Court denied the application, ruling that in the circumstances of the case, it "is not appropriate to take the extraordinary step of enjoining the executive from carrying out its statutorily authorized duties."

(72) The debates may be consulted *via* the website of the B.C. Legislative Assembly, at http://www.legis.gov.bc.ca/1998-99/hansard/, under the heading "Hansard Finals." Chapter 2 General Provisions, debated from 19-21 January 1999, and Chapter 11 Nisga'a Government provisions, debated from 13-20 April 1999, may be of particular interest.

(73) Adjournment of the Legislative Assembly coinciding with the appointment of a new Minister of Aboriginal Affairs interrupted examination of Bill 51 between 1 February and 29 March.

Commons Standing Committee on Aboriginal Affairs and Northern Development following a time allocation motion to limit second reading debate. Bill C-9 was reported back to the House of Commons without amendment following hearings in Ottawa and British Columbia from 3 November through 25 November, during which the Committee heard various contrasting views supporting and opposing the Final Agreement, primarily on legal and constitutional grounds. Several hundred amendments proposed by members of the then Reform Party having been defeated at report stage, Bill C-9 was passed by the House of Commons on 13 December, and introduced in the Senate the following day.

The Standing Senate Committee on Aboriginal Peoples to which the bill was referred on 9 February 2000 held hearings in Ottawa from 16 February to 23 March. Generally speaking, the evidence before the Committee addressed issues similar to those raised before the House of Commons Committee, in particular, the constitutionality of the Final Agreement, and actual or potential inequities arising from the unresolved overlap issue.(74) On 29 March, Bill C-9 was reported back to the Senate without amendments but with Observations urging the negotiating Parties to ensure that overlap issues are resolved to the satisfaction of concerned First Nations prior to the conclusion of land claim agreements with any of them. During the course of third reading debate, it was proposed that third reading be delayed for six months to enable the government to consider a reference to the Supreme Court of Canada on the constitutionality of the Final Agreement, as some witnesses before the Committee had urged. This proposal was defeated, and Bill C-9 adopted on 13 April 2000. The Governor General gave Royal Assent the same day.

The enactment of Bill C-9 by Parliament concluded ratification processes mandated by the Final Agreement, giving legal effect to the first modern treaty in British Columbia. The Final Agreement took effect on 11 May 2000, and will be implemented in accordance with the Implementation Plan agreed to by the three Parties. In the first year following ratification, for example, the Nisga'a Legislature (the Wilp Si'ayuukhl Nisga'a) adopted approximately 20 pieces of legislation as authorized by the Final Agreement.(75)

---

(74) Parliamentary proceedings relating to Bill C-9 can be consulted *via* each Committee's website according to the dates indicated.

(75) Edward Allen, "The Year So Far, the Year Ahead," *Hak'ak'a'a: The Key To The Nisga'a Nation*, Vol. 1, No. 1, July 2001, accessible *via* the Nisga'a Nation website, at http://www.ntc.bc.ca/July01opt.pdf.

E. Judicial Proceedings

On 19 October 1998, the British Columbia Liberals initiated proceedings in the Supreme Court of British Columbia against the federal and provincial governments and the Nisga'a Tribal Council seeking declarations, *inter alia*, that the Final Agreement:

- is unconstitutional because it establishes a Nisga'a Government with authority to make laws which, in certain areas, "prevail" over federal and provincial laws to the extent of any inconsistency or conflict;
- constitutes an unauthorized and unconstitutional derogation of the powers and authority of the B.C. Legislative Assembly and of the federal Parliament; and
- breaches the Charter guarantee of democratic rights by denying non-Nisga'a citizens any right to vote for, or to participate as members in, Nisga'a Government.(76)

The provincial Liberals contended that the Final Agreement's measures ought not to have been brought into effect by provincial and federal legislation until the adoption of resolutions to amend the Constitution by the Legislative Assembly and Parliament. They expressed their commitment to a "delegated, truly municipal-style of aboriginal self-government," and maintained that British Columbians are entitled to a "province-wide referendum on the basic principles for treaties."(77)

In February 1999, a B.C. Supreme Court judge concluded that the Liberals' court case should not proceed until legislation ratifying the Final Agreement had been adopted by both the provincial legislature and Parliament.(78) The case proceeded in May 2000 and, on 24 July 2000, Williamson J. dismissed the plaintiffs' application.(79) In essence, he made the following findings:

- Although the Aboriginal right of self-government had been diminished by the British Crown's assertion of sovereignty and after Confederation, it had never been extinguished.

---

(76) British Columbia Liberal Party, "Press Statement on Nisga'a Court Proceedings," Victoria, 19 October 1998.

(77) *Ibid.*

(78) *Gordon Campbell et al.* v. *Attorney General of British Columbia et al.*, [1999] B.C.J. No. 233 (Q.L.).

(79) *Campbell et al.* v. *A.G.B.C./A.G.Can. & Nisga'a Nation et al.*, 2000 BCSC 1123.

- Sections 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* did not exhaustively distribute all legislative power to Parliament and the provincial legislatures, but only the powers previously held by the colonies. They did not, for example, interfere with the Royal Prerogative to negotiate treaties with Aboriginal groups, or supersede the constitutional Preamble, under which unwritten principles and values are fundamental to the Constitution.
- Aboriginal rights represented such unwritten principles under pre-Confederation imperial policy and after Confederation. Rulings of the Supreme Court of Canada

> [support] the submission that aboriginal rights, and in particular a right to self-government akin to a legislative power to make laws, survived as one of the unwritten "underlying values" of the Constitution outside of the powers distributed . . . in 1867. The federal-provincial division of powers . . . was aimed at a different issue and was a division "internal" to the Crown.

- The Aboriginal peoples of Canada, including the Nisga'a, had legal systems prior to contact that continued in diminished form. Since 1867, Canadian courts have enforced Aboriginal laws, demonstrating that a limited right to self-government persisted following the Crown's assertion of sovereignty.
- The Supreme Court of Canada has confirmed that under section 35 of the *Constitution Act, 1982*, treaty rights such as those set out in the Final Agreement, like Aboriginal rights, are not absolute. Section 35 rights may be infringed by Parliament or the provincial legislature, subject to the requirement that the Crown justify any such interference, consistent with the honour of the Crown.
- Thus, while section 35 guarantees and protects the limited self-government the Nisga'a retained after the assertion of sovereignty, decisions taken pursuant to the exercise of this now-treaty right are subject to infringement.

> The [Final Agreement], negotiated in full knowledge of the limited effect ... of the constitutional promise of s. 35, itself limits the new Nisga'a governments' rights to legislate...

As a result of these limitations, Nisga'a governmental powers are neither absolute nor sovereign.

- The Final Agreement does not violate the voting rights provision in section 3 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: first, section 25 of the Charter shields Nisga'a treaty rights from erosion by other Charter provisions[80] and, second, the voting rights provision applies exclusively to elections to the House of Commons and provincial legislative assemblies.
- It is not unusual for citizens to be subject to laws without having had any participation in selection of candidates or candidacy for the institution that enacts the laws, as provincial residency requirements and other regulatory or administrative practices demonstrate.

The plaintiffs filed a Notice of Appeal of this ruling to the British Columbia Court of Appeal. However, in August 2001, the B.C. Liberals, in government and hence party to the Agreement since May 2001, abandoned their appeal.[81] The Liberal Government is following through on a controversial campaign commitment to hold a province-wide referendum on treaty principles within a year of its election.[82] Critics of the planned referendum process express concerns, among others, that it will foster increased polarization among the province's Aboriginal and non-Aboriginal residents, subject minority rights to the rule of the majority, exacerbate economic uncertainty, and is unlikely to produce useful guidelines.

There have been at least three other challenges to the Final Agreement's constitutionality:

- In a Statement of Claim filed in October 1998, a group of plaintiffs with interests in the B.C. fisheries[83] sought to overturn the Final Agreement or to force a referendum. The group argued, *inter alia*, that the Final Agreement purports to establish a government not authorized by the Constitution, fails to ensure that Nisga'a government is sufficiently

---

(80) See note 40 and accompanying text.

(81) The Final Agreement provides that "No Party will challenge, or support a challenge to, the validity of any provision of this Agreement" (Chapter 2, section 20).

(82) In August 2001, a committee of Liberal members of the Legislative Assembly was formed to solicit public opinion across the province on appropriate referendum questions, and to report back to the government by 30 November 2001. The NDP's 2 MLAs announced they would boycott Liberal committee proceedings and form a parallel committee, with First Nations representation, to conduct their own broad consultations.

(83) Including the B.C. Fisheries Survival Coalition, individual commercial fishermen, the Area C Salmon Gillnet Association and Reform Member of Parliament John Cummins.

responsible, and establishes a commercial fishery based on race. The case has not proceeded.

- In December 1999, a separate group of plaintiffs[84] launched a class action suit alleging, *inter alia*, not only that the creation of an unauthorized order of government is unconstitutional, but also that neither Parliament nor the B.C. Legislative Assembly has the authority to transfer lands and resources to the Nisga'a. The case has not proceeded.
- In March 2000, members of the Kincolith band of the Nisga'a Nation initiated a challenge to the Final Agreement, alleging, among other things, that it violates the Charter as well as the constitutional division of powers.[85] This proceeding is not the first to be commenced by the same litigants; in 1998, the British Columbia Supreme Court[86] and Court of Appeal[87] rejected their application challenging the legality of the Agreement-in-Principle. During the week of 17 September 2001, Canada, British Columbia and the Nisga'a Nation went before the province's Supreme Court seeking to have portions of the plaintiffs' statement of claim in the current action removed or amended.[88]

---

(84) The group includes a non-Aboriginal plaintiff, who may be joined by others in similar circumstances, claiming his rights as a home owner will be affected when his property is surrounded by Nisga'a-owned land, and the B.C. Citizens First Coalition.

(85) *Sga'nisim Sim'augit* v. *Canada, British Columbia, the Nisga'a Nation et al.*, also known as the Chief Mountain case.

(86) *Frank Barton and James Robinson* v. *Nisga'a Tribal Council et al.*, Kamloops Registry No. 24853, 31 July 1998.

(87) *Frank Barton and James Robinson* v. *Nisga'a Tribal Council*, CA025009 and 025019, 1 October 1998.

(88) Interview with DIAND official, 21 September 2001.

PRB 99-2F

Library of Parliament / Bibliothèque du Parlement

L'ACCORD DÉFINITIF NISGA'A

Mary C. Hurley
Division du droit et du gouvernement

Le 9 février 1999
Révisé le 24 septembre 2001

PARLIAMENTARY RESEARCH BRANCH
DIRECTION DE LA RECHERCHE PARLEMENTAIRE

La Direction de la recherche parlementaire de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, elle assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLE DES MATIÈRES

Page

INTRODUCTION 1

CONTEXTE 1

A. Généralités 1

B. La question territoriale des Nisga'as 4

L'ARRÊT *CALDER* ET LES REVENDICATIONS TERRITORIALES 6

L'ACCORD DÉFINITIF NISGA'A 8

A. La négociation 8

B. Aperçu de certaines dispositions de l'Accord définitif 10
1. Chapitre 2 : Les dispositions générales 10
2. Chapitre 11 : Le gouvernement nisga'a 12
3. Chapitre 12 : L'administration de la justice 13
4. Divers 14

C. Les grandes questions soulevées par l'Accord définitif 15
1. La question constitutionnelle 15
a. Le partage des pouvoirs 15
b. La *Charte canadienne des droits et libertés* 16
2. La question des coûts 19
3. La question de la démocratie 20
4. La question du modèle 21
5. La question du chevauchement 22
6. La question de l'extinction des droits 25

D. Ratification de l'Accord définitif 26

E. Poursuites judiciaires 28

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

L'ACCORD DÉFINITIF NISGA'A[1]

INTRODUCTION

La Nation nisga'a revendique ses territoires ancestraux de la vallée de la Nass dans le nord de la Colombie-Britannique depuis plus d'un siècle. L'Accord définitif Nisga'a, paraphé par les représentants de la Nation nisga'a et les gouvernements du Canada et de la Colombie-Britannique en août 1998, et ratifié par les parties entre novembre 1998 et avril 2000, est donc l'aboutissement d'un long processus qui a mené à la reconnaissance des droits fonciers des Nisga'as. Selon le politicologue Frank Cassidy, « [p]ersonne n'a jamais revendiqué ses droits pendant aussi longtemps et avec autant de vigueur que les Nisga'as »[2].

Ce document fait l'historique de l'Accord définitif Nisga'a, de certaines de ses dispositions, de questions soulevées au cours du processus de ratification, du processus de ratification lui-même et des poursuites judiciaires associées à l'Accord. Il vise à donner un aperçu général de ces éléments et ne prétend pas en faire une analyse exhaustive.

CONTEXTE

A. Généralités

À titre de gouverneur de la nouvelle colonie de l'île de Vancouver, James Douglas a fait quatorze acquisitions de terres auprès des populations autochtones entre 1850 et 1854. Les traités de Douglas couvrent environ 358 milles carrés de terres à proximité de

---

(1) Les premières parties du présent document s'inspirent abondamment d'une étude antérieure préparée par Jill Wherrett de la Direction de la recherche parlementaire.

(2) Frank Cassidy, « Aboriginal Land Claims in British Columbia », dans Ken Coates (dir.), *Aboriginal Land Claims in Canada: A Regional Perspective*, Toronto, Copp Clark Pitman, 1992, p. 19 (traduction).

Victoria, Saanich, Sooke, Nanaimo et Port Hardy, toutes situées sur l'île de Vancouver[3]. En concluant les traités, Douglas se trouvait à reconnaître les titres autochtones, conformément aux principes énoncés dans la *Proclamation royale de 1763*[4].

La partie continentale de la Colombie-Britannique est devenue une colonie britannique en 1858. Selon une autorité en la matière, le gouvernement britannique a commencé par reconnaître les titres autochtones dans la partie continentale de la colonie et tenu pour acquis que Douglas organiserait la cession des terres[5]. Aucun traité n'a pourtant été conclu après 1859[6], et Douglas n'a pris aucune autre mesure pour obtenir l'extinction des titres autochtones[7]. Il a plutôt créé des villages indiens et attribué des réserves foncières, la plupart des collectivités n'obtenant que des terres de petite superficie. Douglas a aussi offert aux Autochtones la possibilité de participer aux affaires de la colonie, au même titre que les nouveaux colons, y compris le droit d'acquérir des terres de la Couronne et de devenir fermiers.

---

(3) Même si le mot « traité » n'est pas utilisé dans les documents, les achats de terres effectués par Douglas ont toujours été considérés comme des traités par les tribunaux (*R.* c. *White and Bob*, 1964; *R.* c. *Bartleman*, 1984; *Claxton* c. *Saanichton Marina Ltd.*, 1989). Les traités de Douglas sont semblables en principe à ceux signés en Ontario en 1850.

(4) Comme l'explique le rapport du Groupe de travail sur les revendications en Colombie-Britannique : « La Couronne britannique, dès le début de sa présence en Amérique du Nord, a eu pour politique de respecter les titres autochtones, comme le prévoit la *Proclamation royale de 1763*. La propriété des terres autochtones et les pouvoirs sur ces terres restaient valides bien qu'assujettis à la souveraineté britannique. Il est tout d'abord résulté de cette politique que seule la Couronne pouvait acquérir, et seulement dans le cadre d'un traité, les terres des Premières Nations. Dès les années 1850, la Couronne avait conclu les principaux traités avec les Premières Nations dans l'Est canadien. Graduellement, elle a conclu d'autres avec les nations plus à l'ouest, jusqu'aux Rocheuses, avant que s'y établissent des Européens. Les Premières Nations, dans la plupart de ces traités, cédaient leurs titres à la Couronne moyennant de grandes réserves et d'autres droits ». Groupe de travail sur les revendications en Colombie-Britannique, *Rapport du Groupe de travail sur les revendications en Colombie-Britannique*, ministère des Affaires autochtones, province de la Colombie-Britannique, 28 juin 1991 (traduction). Le rapport peut être consulté sur le site Internet du ministère des Affaires autochtones de la Colombie-Britannique à l'adresse suivante : http://www.aaf.gov.bc.ca/aaf/pubs/bcctf/toc.htm.

(5) Paul Tennant, *Aboriginal Peoples and Politics: The Indian Land Question in British Columbia, 1849-1989*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1990, p. 36.

(6) La C.-B. n'est pas signataire du Traité n° 8, qui s'applique pourtant au nord-ouest de son territoire.

(7) Diverses explications ont été proposées pour expliquer qu'il n'y ait pas eu d'autres traités. Cassidy (note 2) affirme que Douglas s'est retrouvé à court d'argent et n'a pu obtenir de ressources supplémentaires auprès du gouvernement britannique (p. 13). Tennant (note 5) estime qu'il s'agit là d'une possibilité, mais note que Douglas avait à sa disposition d'importantes sommes d'argent pour la partie continentale de la colonie. Selon lui, Douglas a renoncé à ses principes après la signature des traités de l'île de Vancouver pour adhérer à un système qui tenait pour acquis que les Indiens allaient finir par être assimilés et que les collectivités traditionnelles allaient elles aussi finir par renoncer à leurs terres ancestrales (chapitre 3, en particulier les pages 36-37).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

En 1866, l'île de Vancouver et le territoire situé sur le continent ont été réunis pour former une seule et même colonie. Joseph Trutch, principal artisan de la politique en matière autochtone en Colombie-Britannique depuis 1864, ne reconnaissait pas l'existence de titres autochtones et décrivait les Indiens comme des sauvages incapables de comprendre les notions de titre foncier et de propriété[8]. Pendant son mandat, les populations autochtones se sont fait retirer le droit d'acquérir des terres de la Couronne. Trutch estimait en effet que l'existence de titres indiens avait toujours été explicitement niée par la province; cette théorie a continué d'avoir cours pendant de nombreuses années.

Selon les conditions régissant l'adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération en 1871, la responsabilité des Indiens conformément au paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* incombait au gouvernement fédéral, tandis que le gouvernement provincial conservait le contrôle des terres et des ressources. Malgré les démarches des groupes autochtones auprès du gouvernement fédéral pour obtenir de plus grandes réserves et les constants tiraillements entre les gouvernements fédéral et provincial sur cette question, Ottawa n'a exercé aucune pression sur la province à propos des titres autochtones et des traités. En 1874, 56 chefs de la C.-B. ont présenté une pétition au commissaire des Indiens pour la Colombie-Britannique afin d'obtenir la mise en œuvre d'une proposition fédérale visant à porter la superficie des réserves à 80 acres par famille. Diverses autres pétitions et demandes ont été présentées pendant cette période, notamment par les Nisga'as, comme en font foi les paragraphes suivants.

En 1910, le premier ministre Laurier a promis de prendre des mesures pour régler la question territoriale et, en 1912, les gouvernements fédéral et provincial ont créé la Commission McKenna-McBride afin de régler leurs différends concernant les affaires et les terres indiennes. Dans son rapport rendu public en 1916, la Commission a mis l'accent sur la taille des réserves, plutôt que sur les questions plus fondamentales touchant la propriété et le contrôle des terres. En 1920, la *Loi du règlement relatif aux terres des sauvages de la Colombie-Britannique* a donné suite aux recommandations de la Commission McKenna-McBride. Puis, en 1927, un comité mixte de la Chambre et du Sénat chargé de se pencher sur les revendications autochtones en C.-B. a recommandé que les populations autochtones se voient attribuer un montant annuel de 100 000 dollars en lieu et place de traités. Cette recommandation a elle aussi

---

(8) Tennant (1990), p. 40.

été mise en œuvre. La même année, l'adoption d'une modification à la *Loi sur les Indiens* a rendu illégal le fait d'accepter de l'argent d'un Autochtone pour défendre des revendications territoriales.

B. La question territoriale des Nisga'as

Dans les années 1860, les missionnaires arrivèrent en territoire nisga'a, suivis par les pêcheurs, les fermiers et les bûcherons non autochtones. En 1881, préoccupés par l'afflux de colons, les Nisga'as ont envoyé une délégation à Victoria pour protester. En 1885, trois chefs tsimshians de la région de la Nass se sont rendus à Ottawa et ont rencontré le premier ministre John A. Macdonald pour discuter de leurs griefs concernant les terres. En 1886, les Nisga'as de la vallée supérieure de la Nass ont refusé à des équipes provinciales d'effectuer des travaux d'arpentage sur leur territoire et entamé des démarches pour présenter une revendication territoriale.

L'année suivante, des chefs nisga'as et tsimshians se sont rendus à Victoria pour discuter des questions territoriales et d'autonomie gouvernementale avec le premier ministre William Smithe et des représentants fédéraux et provinciaux. Le premier ministre Smithe a rejeté d'emblée leurs revendications, affirmant que les Autochtones sont « à peine plus intelligents que des bêtes »[(9)]. Les gouvernements ont convenu malgré tout d'instituer une enquête publique sur la question territoriale et, en 1887-1888, plusieurs audiences ont eu lieu en territoire nisga'a, au cours desquelles des représentants nisga'as ont fait état en détail de leurs droits de propriété foncière et de leur désir de signer un traité. Le rapport déposé par la suite a toutefois rejeté les demandes concernant la reconnaissance des titres et la signature de traités.

La société et la vie politique nisga'a a évolué rapidement après 1888[(10)]. Une organisation politique vouée à la résolution des questions territoriales a été créé en 1907 sous le nom de Comité sur les terres des Nisga'as[(11)]. En 1908, aucune réserve n'avait encore été accordée aux Nisga'as, qui étaient de plus en plus préoccupés par l'absence de mesures pour

---

(9) Cité dans *ibid.*, p. 58 (traduction).

(10) *Ibid.*, p. 85-86. Par exemple, un journal nisga'a a servi d'outil pour organiser le mouvement en faveur des revendications territoriales dans la région et des « rencontres de renouvellement de la foi » (pour remplacer les potlatch désormais prescrits par la loi) ont servi de plates-formes aux orateurs désireux de s'exprimer sur la question territoriale.

(11) Certaines sources font remonter la création du Comité à 1890.

protéger les intérêts autochtones contre le peuplement non-autochtone et l'aménagement de leurs terres. En 1909, le Comité sur les terres des Nisga'as a formé une association de défense des droits des Indiens avec d'autres Premières nations des côtes nord et sud de la C.-B.

En 1913, le Comité sur les terres des Nisga'as a présenté une pétition aux autorités britanniques pour affirmer le droit des Nisga'as d'être indemnisés pour les terres auxquelles ils pourraient convenir de renoncer et, ce qui était encore plus important à leurs yeux, le droit de conserver à titre permanent d'autres portions de leurs terres ancestrales pour leur propre usage et bénéfice. L'essentiel des terres que les Nisga'as souhaitaient conserver avaient toutefois déjà été vendues par la province. Les Nisga'as ont aussi affirmé que la venue de non-autochtones sur leur territoire devait respecter les conditions énoncées dans la *Proclamation royale de 1763*. Pour les peuples autochtones de la Colombie-Britannique, « la pétition est devenue un important texte politique et a joué un rôle de catalyseur, en plus de symboliser la lutte politique de tous les Indiens pour la reconnaissance de leurs droits fonciers »[(12)].

En 1915, une délégation Nisga'a a rencontré le ministre responsable des Affaires indiennes et Duncan Campbell Scott, surintendant général adjoint des Affaires indiennes, pour défendre la pétition. En 1916, les chefs nisga'as ont également exposé et défendu leurs revendications concernant la reconnaissance des titres autochtones devant la Commission McKenna-McBride, et exercé des pressions à Ottawa pendant six semaines. Cette année-là, les Nisga'as et 15 autres groupes tribaux ont formé l'Alliance des tribus de la Colombie-Britannique, un organisme d'envergure provinciale voué à la défense des revendications territoriales[(13)].

En 1924, 76 kilomètres carrés de terres de réserve (pris à même leurs territoires ancestraux de près de 25 000 kilomètres carrés) ont été octroyés aux collectivités nisga'as. Les activités politiques liées aux revendications ont été effectivement interdites avec la promulgation d'une modification à la *Loi sur les Indiens* en 1927, qui est demeuré en vigueur jusqu'en 1951. Pendant cette période, le Comité sur les terres des Nisga'as est demeuré relativement inactif à l'extérieur de la collectivité.

---

(12) Tennant (1990), p. 89 (traduction).

(13) Avec la création de cette entité plus importante, l'Association pour la défense des droits des Indiens a été dissoute.

En 1949, Frank Calder, fils d'un fondateur du Comité sur les terres des Nisga'as, a été élu à l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique et il a profité de son statut pour faire valoir les revendications autochtones. En 1955, il a rétabli le Comité sur les terres des Nisga'as sous le nom de Conseil tribal des Nisga'as et en est devenu le président. L'objectif du Conseil était de travailler à la résolution de la question territoriale. En 1959, après avoir discuté de la possibilité de présenter une revendication commune avec plusieurs autres groupes autochtones de la C.-B., les Nisga'a ont décidé de faire cavalier seul.

L'ARRÊT *CALDER* ET LES REVENDICATIONS TERRITORIALES

En 1968, les Nisga'as ont engagé l'avocat Thomas Berger[14] pour obtenir une déclaration des tribunaux selon laquelle que les titres autochtones visant la vallée de la Nass ne se sont jamais éteints. La cause des Nisga'as, connue sous le nom d'affaire *Calder*, a été entendue par la Cour suprême de la Colombie-Britannique en 1969[15]. La Cour a accepté les arguments de la province selon lesquels les Nisga'as ne pouvaient revendiquer les titres en question parce que la *Proclamation royale de 1763* ne s'appliquait pas à la Colombie-Britannique et ne reconnaissait donc pas l'existence de titres autochtones dans la province. Le juge a en outre précisé que même si les titres avaient effectivement existé, ils se sont éteints implicitement avec l'adoption avant 1871 d'une législation sur les terres. La Cour d'appel de la C.-B. a confirmé unanimement cette décision en faisant valoir qu'à l'époque du peuplement par les Blancs, les Nisga'as étaient un peuple primitif possédant peu d'institutions propres à une société civilisée et n'ayant aucune notion de la propriété privée[16].

La décision rendue par la Cour suprême du Canada en 1973 à la suite de l'appel interjeté par les Nisga'as a constitué un arrêt clé pour tous les groupes autochtones ayant des revendications en suspens[17]. Partagés sur la question de savoir si les Nisga'as détenaient toujours des titres, les membres de la Cour ont toutefois jugé que les Nisga'as en possédaient

---

(14) Alors chef du NPD en Colombie-Britannique et collègue de Frank Calder.

(15) *Calder et al.* v. *Attorney General of British Columbia* (1969), 8 D.L.R. (3d), 59-83.

(16) *Calder et al.* v. *Attorney General of British Columbia* (1970), 13 D.L.R. (3d), 64-110.

(17) *Calder et al.* c. *Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313.

effectivement avant la création de la Colombie-Britannique. L'arrêt *Calder* a confirmé que l'occupation historique des terres par les peuples autochtones leur conférait des droits juridiques sur ces terres, et que ces droits ont survécu au peuplement européen. Il a donc reconnu du même coup qu'il pouvait encore aujourd'hui subsister des droits ancestraux à l'égard des terres et des ressources.

L'arrêt *Calder* a incité le gouvernement fédéral à élaborer une politique pour régler les revendications territoriales autochtones en suspens. D'abord rendue publique en 1973, la première « politique des revendications territoriales globales » a été adoptée en 1976. Elle limitait, entre autres, à six le nombre de revendications territoriales pouvant être négociées en même temps au Canada, et à une seule par province. En 1986, des révisions apportées à cette politique ont permis d'élargir le nombre de questions pouvant faire partie des négociations relatives aux revendications territoriales, pour y inclure notamment les droits d'exploitation des ressources fauniques extracôtières et le partage des recettes de l'exploitation des ressources[18].

Ce qui est plus important encore, c'est que les ententes portant sur le règlement des revendications territoriales globales bénéficient maintenant d'une protection constitutionnelle explicite. En vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les « droits issus de traités » qui sont reconnus et confirmés en vertu de cette disposition englobent explicitement les droits issus d'accords sur des revendications territoriales déjà en vigueur ou conclus subséquemment. En outre, la reconnaissance, en 1995, par le gouvernement libéral actuel du droit inhérent à l'autonomie gouvernementale au nombre des droits ancestraux au sens de l'article 35 a aussi eu une incidence sur le processus de règlement des revendications territoriales globales[19]. La politique relative au droit inhérent permet de faire en sorte que les droits énoncés dans les ententes d'autonomie gouvernementale soient protégés par la Constitution au même titre

---

(18) Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, *Politique des revendications territoriales globales*, Ottawa, ministre des Approvisionnements et Services, 1987. Même si la nouvelle politique permettait aux parties autochtones de conserver certains droits à l'égard des terres, elle ne réglait pas les préoccupations autochtones soulevées par la perte d'autres droits découlant de l'obligation faite aux Autochtones par le gouvernement fédéral de renoncer à leurs droits à l'égard des terres et des ressources en échange de droits définis énoncés dans le règlement d'une revendication territoriale.

(19) *L'Autonomie gouvernementale des autochtones – L'approche du gouvernement du Canada concernant la mise en oeuvre du droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale et la négociation de cette autonomie*, Ottawa, ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 1995.

que les droits issus de traités au sens de l'article 35, que ce soit dans de nouveaux traités, dans le cadre d'accords sur des revendications territoriales, ou dans des ajouts aux traités existants[20].

Si l'on exclut l'Accord définitif des Nisga'as, 13 accords sur des revendications autochtones globales ont été conclus depuis l'annonce, en 1973, de la nouvelle politique fédérale en la matière, et aucun d'entre eux ne fait état explicitement de la protection offerte par l'article 35 en matière d'autonomie gouvernementale[21].

L'ACCORD DÉFINITIF NISGA'A

A. La négociation

La revendication territoriale des Nisga'as a suivi l'évolution de la politique sur les revendications territoriales.

Les négociations entre les Nisga'as et le Canada ont commencé en 1976 et, en 1989, les parties signaient une entente cadre établissant la portée et le processus de négociation, ainsi que les points à discuter. La Colombie-Britannique ne figurait pas encore au tableau, le gouvernement provincial maintenant sa négation des titres ancestraux et refusant de jouer un rôle dans les négociations.

Durant les années 80, toutefois, les efforts des organisations locales et provinciales des Premières nations, un appui croissant du public à l'égard des questions autochtones et une série de décisions judiciaires favorisant les Autochtones ont amené la

---

(20) *Ibid.*, p. 8.

(21) La Convention de la Baie James et du Nord québécois (1977); la Convention du Nord-Est québécois (1978); la Convention définitive des Inuvialuit (1984); l'Entente des Gwich'in (1992); l'Accord sur les revendications territoriales du Nunavut (1993); l'Entente avec les Dénés et les Métis du Sahtu (1994); les sept ententes définitives conclues avec les Premières nations du Yukon et les accords d'autonomie gouvernementale connexes fondés sur l'Entente-cadre finale avec le Conseil des Indiens du Yukon (1993). D'autres faits nouveaux continuent de marquer la question des revendications territoriales globales. Par exemple, en mai 1999, des représentants de l'Association des Inuits du Labrador et des gouvernements du Canada et de Terre-Neuve ont paraphé l'entente de principe sur la revendication territoriale des Inuits du Labrador et, en juillet, les Inuits du Labrador ont voté en faveur de l'entente de principe. En janvier 2000, l'entente de principe sur la revendication globale et l'autonomie gouvernementale des Dogribs a été signée par le Dogrib Treaty 11 Council et les gouvernements du Canada et des Territoires du Nord-Ouest.

province à s'ouvrir davantage aux préoccupations de ces derniers[22]. En 1989, le Conseil du premier ministre sur les affaires autochtones, créé par le gouvernement créditiste de l'époque, a recommandé que la province établisse un processus particulier pour la négociation des revendications territoriales. En août 1990, la Colombie-Britannique, tout en continuant de rejeter les titres autochtones, s'est jointe aux Premières nations et au gouvernement fédéral pour mener des négociations tripartites et, en octobre, elle accédait au processus concernant les Nisga'as.

En 1991, les trois parties ont accepté le Rapport du Groupe de travail sur les revendications en Colombie-Britannique établi par leurs représentants, lequel décrit la portée et le processus des négociations dans la province. Fait important, le gouvernement du Nouveau Parti démocratique (NPD) alors nouvellement élu a reconnu les titres autochtones et le droit inhérent des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale. Son adhésion au Rapport du Groupe de travail a mené à l'établissement de la Commission des traités de la Colombie-Britannique et du processus de négociation de traités. Même si les négociations des Nisga'as n'ont pas eu lieu dans le cadre de ce processus, puisqu'elles l'ont précédé, c'est dans ce contexte que le gouvernement provincial a entrepris d'y participer. De récents documents d'orientation énoncent des facteurs qui sous-tendaient le désir de la province de régler les revendications :

> Régler les questions autochtones à la table de négociation plutôt que devant les tribunaux avantagera tous les Britanno-Colombiens et non pas seulement les Autochtones. Les traités apporteront de la certitude quant à l'utilisation des terres et des ressources, aideront à attirer de nouveaux investissements pour la mise en valeur des ressources, contribueront à la stabilité sociale et feront cesser les dispendieuses batailles juridiques entre les Premières nations et la province.[23]

Les négociations tripartites sur les revendications nisga'as, commencées en 1990, ont mené à la conclusion, en 1991, d'une nouvelle entente cadre. En 1992, les parties ont également signé une entente provisoire sur les mesures de protection concernant l'utilisation des ressources et des terres. Entre 1991 et 1995, les négociateurs fédéraux et provinciaux ont tenu près de 200 consultations et séances d'information publiques dans le nord-ouest de la Colombie-

---

(22) *Rapport du Groupe de travail sur les revendications en Colombie-Britannique* (1991).

(23) Document de l'ancien ministère des Affaires autochtones de la Colombie-Britannique intitulé « Treaty Negotiations in B.C. » (traduction) (http://www.aaf.gov.bc.ca/aaf/pubs/tn-in-bc.htm).

Britannique. Durant cette période, les discussions se sont poursuivies, ponctuées d'interruptions[24].

En février 1996, les négociateurs des trois parties ont paraphé une entente de principe, qui a été signée en mars par le ministre fédéral des Affaires indiennes et du Nord canadien de l'époque, M. Ron Irwin, le ministre des Affaires autochtones de la Colombie-Britannique de l'époque, M. John Cashore, et le président du Conseil tribal des Nisga'as, M. Joseph Gosnell Sr. Le 4 août 1998, les représentants nisga'as et les négociateurs gouvernementaux ont paraphé l'Accord définitif Nisga'a.

B. Aperçu de certaines dispositions de l'Accord définitif

L'Accord définitif comprend 22 chapitres qui définissent d'une façon exhaustive les droits et responsabilités des Nisga'as par rapport aux terres, aux ressources naturelles, à l'exercice des pouvoirs, à l'administration de la justice, à l'environnement, à la fiscalité et à plusieurs autres aspects[25].

1. Chapitre 2 : Les dispositions générales

Ce chapitre primordial contient les stipulations suivantes :

- L'Accord définitif est un traité et un accord sur les revendications territoriales conformément aux articles 25 et 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (art. 1).
- L'Accord définitif ne modifie pas la Constitution non plus que, par conséquent, la répartition des pouvoirs entre le Canada et la Colombie-Britannique et l'identité de la Nation nisga'a comme peuple autochtone en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1982* et les articles 25 et 35 de ladite loi (art. 8).
- La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique au gouvernement nisga'a (art. 9).

---

(24) Les négociations ont, entre autres, été temporairement suspendues en 1995 vu l'absence d'un accord entre les gouvernements fédéral et provincial sur l'application des conditions du protocole d'entente Canada-Colombie-Britannique de 1993 sur le partage des coûts. Des détails sur ce protocole se retrouvent dans un document provincial intitulé « Federal-Provincial Cost-Sharing for Treaties » (http://www.aaf.gov.bc.ca/aaf/pubs/costshar.htm).

(25) On peut consulter le texte intégral de l'Accord définitif à l'adresse http://www.aaf.gov.bc.ca/aaf/treaty/nisgaa/docs/nisga_agreement.html.

- Les terres nisga'as et les terres nisga'as en fief simple, définies dans l'Accord définitif, ne sont pas des terres réservées aux Indiens en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* ni des réserves en vertu de la *Loi sur les Indiens* (art. 10).
- Les lois fédérales et provinciales s'appliquent aux Nisga'as et à leurs terres, mais l'Accord définitif et la loi de mise en œuvre ont préséance en cas d'incompatibilité entre ces dernières et les dispositions d'une quelconque loi fédérale ou provinciale (art. 13)[26].
- Si une loi nisga'a a, sur un secteur non soumis à l'autorité gouvernementale nisga'a, une incidence indirecte incompatible avec une loi fédérale ou provinciale, cette dernière a préséance pour ce qui est de l'incompatibilité (art. 54).
- Sous réserve d'exceptions précises, la *Loi sur les Indiens* cesse de s'appliquer aux Nisga'as, sauf pour la détermination du statut d'Indien (art. 18).
- L'Accord définitif constitue le règlement complet et final pour ce qui est des droits ancestraux (incluant les titres) de la Nation nisga'a (art. 22).
- L'Accord définitif énumère de façon exhaustive les droits qui reviennent aux Nisga'as en vertu de l'article 35 : les droits ancestraux (y compris les titres de la Nation nisga'a) transformés [en droits issus de traités] par l'Accord définitif, les compétences, les pouvoirs et droits du gouvernement nisga'a et les autres droits conférés par l'article 35 (art. 23).
- Les Nisga'as cèdent au Canada tout droit ancestral, y compris les titres, autres que les droits de l'article 35 décrits dans l'Accord définitif (art. 26) et dégagent le Canada et la province de toute revendication future liée à tout acte précédant la mise en œuvre de l'Accord définitif qui peut toucher les droits ancestraux des Nisga'as, y compris les titres (art. 27).
- La législation fédérale de mise en œuvre stipulera que la loi de la Colombie-Britannique habituellement non applicable aux Nisga'as s'appliquera sous réserve de la loi fédérale et conformément à l'Accord définitif (art. 29).
- L'Accord définitif ne touche pas les droits conférés par l'article 35 à tout peuple autochtone autre que la Nation nisga'a (art. 33) et, advenant qu'un tribunal supérieur déclare que ces droits sont compromis par l'Accord définitif, les parties s'efforceront de modifier ou de remplacer les dispositions en cause (art. 34).

---

(26) Des dispositions analogues se retrouvent dans d'autres ententes de revendication territoriale. Voir, par exemple, les articles 3.1.22 et 3.1.23 de l'Entente sur la revendication territoriale globale des Gwich'in de 1992.

- Si un autre traité ou accord de revendication territoriale porte atteinte aux droits conférés aux Nisga'as en vertu de l'article 35 et énoncés dans l'Accord définitif, des droits supplémentaires ou de remplacement ou d'autres mesures correctives seront fournis par la Colombie-Britannique ou par le Canada (art. 35)[27].
- À moins qu'il ne soit explicitement indiqué qu'une modification exige tout simplement un consentement bipartite, il faut, pour modifier l'Accord définitif, obtenir le consentement des trois parties (art. 36-40).

2. Chapitre 11 : Le gouvernement nisga'a

Les dispositions de l'Accord définitif sur l'exercice des pouvoirs :

- prévoient que l'utilisation des attributions du gouvernement nisga'a évoluera avec le temps (art. 4);
- exigent que la Nation nisga'a ait une constitution et en précisent le contenu (art. 9);
- exigent que le gouvernement nisga'a consulte les résidants non nisga'as vivant sur les terres nisga'as dans le cas de décisions qui les touchent d'une façon directe et marquée, et leur permette de faire partie d'institutions publiques nisga'as dont les activités influent sur eux et de bénéficier de procédures d'appel ou de révision concernant les décisions administratives (art. 19-21);
- prévoient que l'Accord définitif a préséance en cas de conflit avec les dispositions de toute loi nisga'a (art. 32);
- prévoient que, si le gouvernement nisga'a exerce son pouvoir discrétionnaire de prendre des lois dans des domaines précis, ces lois prévaudront sur toute loi fédérale ou provinciale incompatible; ces domaines sont les suivants : administration et gestion du gouvernement nisga'a (art. 36), citoyenneté nisga'a (art. 40), culture et langue (art. 43), propriété nisga'a sur les terres nisga'as[28], réglementation et administration de ces terres (art. 45 et 49), biens nisga'as sur les terres nisga'as (art. 55)[29], organisation et structure nécessaires à la prestation de soins de santé sur les terres nisga'as (art. 84), services à l'enfance et à la famille sur les

---

(27) Les articles 34 et 35 ne paraissaient pas dans l'entente de principe et concernent des difficultés éventuelles découlant du recoupement des revendications de Premières nations menant des négociations distinctes. Voir plus loin « La question du chevauchement ».

(28) En vertu de l'Accord définitif, la Nation nisga'a est propriétaire en fief simple des terres nisga'as, définies au chapitre 1.

(29) En cas d'incompatibilité entre la loi nisga'a concernant les biens nisga'as venant des terres nisga'as et la loi fédérale ou provinciale, cette dernière l'emporte.

terres nisga'as (art. 91)[30], adoption d'enfants nisga'as (art. 99), éducation des enfants nisga'as du préscolaire à la 12e année sur les terres nisga'as (art. 101), et dévolution de la propriété culturelle des citoyens nisga'as qui meurent intestat (art. 116);

- prévoient que, si le gouvernement nisga'a exerce son pouvoir discrétionnaire pour prendre des lois dans d'autres domaines précis, les lois fédérales et provinciales prévalent en cas d'incohérence ou de conflit; ces domaines sont les suivants : ordre public, paix et sécurité (art. 62)[31], circulation et transport (art. 74)[32], célébration des mariages (art. 76), services sociaux (art. 79), soins de santé (art. 83)[33], substances intoxicantes (art. 111), capacité d'intervention en cas d'urgence (art. 123);
- prévoient que le gouvernement nisga'a peut adopter des lois fédérales ou provinciales par rapport à des aspects relevant de sa compétence (art. 129).

3. Chapitre 12 : L'administration de la justice

Les dispositions de ce chapitre :

- stipulent que, si le gouvernement nisga'a décide de fournir des services de police sur les terres nisga'as en créant un corps policier nisga'a, il doit prendre des lois pour établir ce corps de police et une commission des services policiers nisga'a; ces lois doivent comprendre des dispositions qui se conforment aux lois provinciales dans les secteurs précisés ou leur sont compatibles (art. 3 et 4);
- prévoient que la commission des services policiers nisga'a n'exerce ses fonctions que lorsque le lieutenant-gouverneur en conseil en a approuvé la structure et nommé les membres (art. 6);

---

(30) La compétence législative nisga'a dans ce domaine doit prévoir des normes comparables aux normes provinciales.

(31) Le droit pénal est expressément exclu de l'autorité gouvernementale nisga'a.

(32) La compétence législative nisga'a dans ces domaines est considérée comme étant de la même portée que la compétence des administrations municipales de la Colombie-Britannique.

(33) Le gouvernement nisga'a doit aviser la Colombie-Britannique et le Canada de son intention de prendre des lois dans les domaines des services sociaux, des soins de santé, des services à l'enfance et à la famille, de l'adoption et de l'éducation, et doit consulter le Canada ou la Colombie-Britannique, à la demande de l'un ou de l'autre, pour ce qui est de sujets précis à l'égard desquels les parties pourraient négocier des ententes (art. 27-29).

- autorisent le ministre responsable des services policiers en Colombie-Britannique à intervenir dans les questions policières sur les terres nisga'as s'il est d'avis qu'une telle intervention s'impose pour l'efficacité des services policiers (art. 19);
- stipulent que, si le gouvernement nisga'a décide d'établir un tribunal nisga'a pour appliquer les lois nisga'as, il doit prendre des lois prévoyant des normes judiciaires, une supervision et des procédures d'appel (art. 33);
- prévoient qu'un tribunal nisga'a doit, avant de pouvoir exercer ses fonctions, être approuvé par le lieutenant-gouverneur en conseil (art. 34), définissent la juridiction du tribunal (art. 38-41) et permettent aux accusés passibles d'une peine d'emprisonnement en vertu de la loi nisga'a de choisir que le procès ait lieu devant la Cour provinciale (art. 43).

4. Divers

D'autres pouvoirs législatifs sont énoncés dans divers chapitres de l'Accord définitif, chacun établissant les conditions ou la portée de l'exercice du pouvoir. Il s'agit des chapitres sur les ressources forestières (ch. 5), les pêches (ch. 8), la faune (ch. 9), l'évaluation environnementale (ch. 10) et la fiscalité (ch. 16).

L'Accord définitif contient également des dispositions concernant la transition de la *Loi sur les Indiens* à la loi nisga'a dans certains domaines (ch. 13), les relations entre le gouvernement nisga'a et l'administration régionale (ch. 18) et la résolution des conflits en cas d'interprétation, d'application ou de mise en œuvre incompatibles de l'entente par les parties (ch. 19).

C. Les grandes questions soulevées par l'Accord définitif[34]

Aux termes de l'Accord définitif, la ratification par les trois parties était une condition préalable de sa validité[35]. Tout au long du processus de ratification, l'Accord définitif a suscité un débat sur un certain nombre de questions, dont les suivantes.

1. La question constitutionnelle

a. Le partage des pouvoirs

Le chef du Parti libéral provincial Gordon Campbell était d'avis que l'Accord définitif modifiait la Constitution en créant un troisième ordre – inconstitutionnel – de gouvernement, ce qui porte atteinte aux droits fondamentaux des habitants de la Colombie-Britannique. Selon lui, la *Constitutional Amendment Approval Act* de la Colombie-Britannique exigeait la tenue d'un référendum provincial, avis partagé notamment par Bill Vander Zalm, chef du Parti réformiste provincial. Pour leur part, le premier ministre de la province alors en fonction, les négociateurs fédéraux et les Nisga'as soutenaient que l'Accord ne modifiait pas la Constitution et qu'il ne forçait pas la tenue d'un référendum provincial.

En juillet 1998, le commissaire en chef par intérim de la Commission des traités de la Colombie-Britannique a exprimé sa préoccupation – partagée par d'autres – que, abstraction faite de la question constitutionnelle en soi,

> Un référendum populaire n'est pas le bon outil à utiliser pour la ratification des traités, pour les raisons suivantes :
>
> 1. Les parties en sont convenues autrement.
> 2. Un traité porte sur des droits et non sur les préférences des électeurs.
> 3. Un référendum est un instrument trop grossier pour rendre un jugement significatif sur une question aussi complexe qu'un traité.
>
> ...

---

(34) Les sujets dont il est question dans la présente rubrique sont tirés en partie des réactions à l'Accord définitif dont ont fait état les médias depuis août 1998.

(35) Voir le chapitre 22, « Ratification ».

> Il en va tout autrement du référendum chez les Nisga'as. Les droits des Autochtones sont des droits collectifs qui appartiennent aux peuples autochtones et non aux conseils tribaux ou aux conseils de bande. Le traité ne sera pas légalement exécutoire tant qu'il n'aura pas été approuvé par ces peuples autochtones. En outre, le gouvernement fédéral, qui a l'obligation légale de traiter avec les Premières nations dans le contexte d'une relation de confiance, a besoin de la ratification des membres des groupes concernés pour protéger sa propre position. Ainsi, le fait que le traité sera ratifié par les membres de la Première nation nisga'a ne signifie pas pour autant que le traité doive être ratifié par l'ensemble des électeurs, dont les gouvernements ont le pouvoir et la responsabilité de conclure des traités en leur nom.

Selon le commissaire en chef par intérim, un référendum marquerait la fin de la négociation de traités modernes dans l'ensemble de la Colombie-Britannique[36].

Les constitutionnalistes aussi étaient partagés sur la question de la constitutionnalité de l'Accord définitif. Mel Smith, qui a conseillé les gouvernements précédents de la Colombie-Britannique, a critiqué l'Accord définitif pour des raisons d'ordre constitutionnel, alors que d'autres, comme le doyen de l'école de droit Osgoode Hall, Peter Hogg, soutenaient que l'Accord définitif était conforme à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

b. La *Charte canadienne des droits et libertés*

Les opinions différaient également pour ce qui est de savoir si la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) s'applique au gouvernement autochtone. Dans un avis juridique préparé en juillet 1998 pour le Parti libéral provincial, Mel Smith considère très contestable l'application de la disposition de l'Accord définitif qui affirme que la Charte s'applique au gouvernement nisga'a, en vertu de son article 32[37]. Il se demande si ce gouvernement relèverait du fédéral ou de la province dans le contexte de l'article 32.

---

(36) Commission des traités de la Colombie-Britannique, « Referendum is the Wrong Way to Ratify Treaties », communiqué de presse, Vancouver, 30 juillet 1998 (traduction); voir le site Web de la Commission des traités de la Colombie-Britannique (http://www.bctreaty.net/).

(37) L'article 32 prévoit que la Charte s'applique au Parlement et au gouvernement du Canada et à la législature et au gouvernement de chaque province, dans tous les domaines qui relèvent de leur responsabilité.

D'autres commentateurs ont adopté un point de vue semblable sur la relation entre la Charte et l'exercice du droit inhérent à l'autodétermination. Certains ont soutenu que les arrêts de la Cour suprême établissent que la Charte ne s'applique pas à l'exercice indépendant des pouvoirs étatiques par des organes autonomes des gouvernements fédéral et provinciaux[38].

Certains tenants du droit à l'autonomie gouvernementale en vertu de l'article 35 ont avancé des motifs différents pour contester l'application de la Charte aux gouvernements autochtones. Dans un document de recherche préparé en 1994 pour la Commission royale sur les peuples autochtones (CRPA), l'auteur affirme que le libellé de l'article 32 ne vise pas et ne doit pas viser les gouvernements autochtones exerçant leurs droits inhérents selon l'article 35; que l'imposition unilatérale et coercitive de la Charte répéterait les torts du passé, quand on a refusé aux peuples autochtones l'occasion de participer à de graves décisions touchant leurs droits constitutionnels[39]; que le droit à l'autodétermination est protégé par l'article 25 de la Charte[40],

---

(38) Kenneth Tyler, « Another Opinion: A Critique of the Paper Prepared by the Royal Commission on Aboriginal Peoples Entitled: 'Partners in Confederation' », Mémoire préparé pour le programme de formation continue de l'Association du Barreau canadien sur la question « The Inherent Right of Aboriginal Self-Government », Toronto, 1994, p. 23-24. Les arrêts de la Cour suprême du Canada cités par Tyler traitent de la portée de l'article 32 dans le contexte des litiges privés contestant les politiques des universités, des hôpitaux et des collèges. Le premier de ces jugements, *R.W.D.S.U.* c. *Dolphin Delivery Ltd.* (1986), 33 D.L.R. (4th) 174, est souvent cité dans le contexte de l'application de l'article 32. On y lit ce qui suit, sous la plume du juge McIntyre : « Le paragraphe 32(1) fait référence au Parlement et au gouvernement du Canada et aux législatures et gouvernements des provinces en ce qui touche toutes les questions relevant de leurs responsabilités respectives » (p. 194). « J'estime donc que l'art. 32 de la *Charte* mentionne de façon précise les acteurs auxquels s'applique la *Charte*. Il s'agit des branches législative, exécutive et administrative » (p. 195). « Il semblerait aussi que la *Charte* s'appliquerait à plusieurs formes de législations déléguées, de réglementation, de décret, peut-être de règlements municipaux et de règlements administratifs et généraux d'autres organes créés par le Parlement et les législatures. Cette liste n'est certes pas exhaustive ». (p. 198) Signalons qu'on a jugé que la Charte s'applique aux règlements des Premières nations en vertu de la *Loi sur les Indiens* et la *Loi sur les Cris Naskapi (du Québec)*.

(39) Kent McNeil, « Aboriginal Government and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* : A Legal Perspective », p. 3. Ce document se trouve sur le disque compact de la CRPA et peut être obtenu à la Bibliothèque du Parlement. Dans l'Accord définitif, les Nisga'as acceptent que la Charte s'applique à leurs gouvernements et à leurs lois.

(40) L'alinéa 25*b*) se lit comme suit « Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits et libertés – ancestraux, issus de traités ou autres – des peuples autochtones du Canada notamment [...] aux droits et libertés existants issus d'accords sur les revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis ». On convient généralement que l'article 25 sert à protéger les droits ancestraux et les droits issus de traités des effets négatifs de la Charte et notamment de la contestation en vertu de son article 15. L'interdiction de discrimination raciale de cet article ne doit pas être interprétée comme portant atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités.

qui est clairement destiné à protéger les droits des peuples autochtones, et donc le droit à l'autonomie gouvernementale, non seulement de l'abrogation (destruction) mais également de la dérogation (limitation) par la Charte[41].

Les tenants de l'opinion que la Charte s'applique aux gouvernements autochtones sont notamment le doyen Peter Hogg et Mary Ellen Turpel. Tout en reconnaissant qu'il n'est pas clair dans quelle mesure la Charte limite la portée de l'autonomie gouvernementale autochtone, Hogg et Turpel concluent néanmoins qu'un tribunal jugerait probablement que les gouvernements autochtones sont visés par la Charte. À leur avis, puisqu'un gouvernement autonome a besoin d'une loi pour lier des tiers, la loi qui met en œuvre l'entente d'autonomie gouvernementale constitue probablement un engagement suffisant du Parlement du Canada pour rendre la Charte applicable[42]. Quant à savoir si l'article 25 pourrait exempter un gouvernement autochtone autonome de l'application de la Charte, Hogg et Turpel considèrent cela peu vraisemblable, bien que l'application de la Charte, examinée à la lumière de l'article 25, ne devrait pas obliger les gouvernements autochtones à suivre les politiques et à imiter le style des gouvernements fédéral et provinciaux. À leur avis, l'article 25 permet à un gouvernement autochtone de concevoir des programmes et des droits différents, pour des raisons culturelles et légitimes, et ces raisons sont considérées comme pertinentes si des différences donnent lieu à un examen judiciaire en vertu de la Charte[43].

La solution intermédiaire proposée par le rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones est fondée sur les principes suivants : 1) dans leurs relations avec les gouvernements, y compris les gouvernements autochtones, tous les Canadiens ont droit à la protection des dispositions générales de la Charte; et 2) la Charte devrait être interprétée, en vertu de l'article 25, pour donner une certaine portée à la distinction autochtone. Bien que la *Loi constitutionnelle de 1982* ne prévoie pas explicitement les gouvernements autochtones, « si on interprète le paragraphe 35(1) comme comportant une reconnaissance de ce droit inhérent [à l'autonomie gouvernementale], nous pensons qu'il faut en tenir compte dans l'interprétation

---

(41) McNeil, note 39, p. 5.

(42) Peter Hogg et Mary Ellen Turpel, « Implementing Aboriginal Self-government : Constitutional and Jurisdictional Issues » *Canadian Bar Review*, n° 74, 1995, p. 187, à la page 214. Cet article a été à l'origine préparé pour la Commission royale sur les peuples autochtones et se retrouve dans le volume intitulé *Autonomie gouvernementale autochtone : questions juridiques et constitutionnelles*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1995.

(43) *Ibid.*, p. 215.

donnée au paragraphe 32(1) »[44]. De l'avis de la Commission, l'article 32 vise les organes gouvernementaux qui ne sont pas explicitement nommés dans la Charte. En outre, l'application de la Charte aux gouvernements autochtones est atténuée par les dispositions exécutoires de l'article 25, qui interdit à la Charte de miner ces pouvoirs fondamentaux. L'article premier de la Charte est à la disposition des gouvernements autochtones et l'article 25 « offre aux gouvernements autochtones une autre façon de justifier leurs activités en cas de contestation en vertu de la Charte. Il leur permet d'arguer que certaines règles ou pratiques gouvernementales, qui pourraient paraître inhabituelles par rapport aux normes canadiennes générales, reflètent la culture, les conceptions philosophiques et les traditions particulières à une nation autochtone donnée et quelles sont justifiées de ce fait »[45].

2. La question des coûts

Certains ont affirmé que les négociateurs ont induit la population en erreur en affirmant au départ que l'Accord définitif coûterait 190 millions de dollars, alors que le coût réel a été estimé à environ 500 millions de dollars, compte tenu des coûts directs et indirects. Selon certains critiques, l'Accord définitif coûtera plus d'un milliard de dollars.

Selon des documents du gouvernement fédéral[46], les Nisga'as recevront au total, en vertu de l'Accord définitif, des paiements non récurrents de 253 millions, en dollars de 1999. Cela représente un transfert de fonds de 196,1 millions à verser en 15 ans, principalement par le gouvernement fédéral; 11,8 millions, partagés par le Canada et la C.-B., pour l'achat de bateaux et de permis de pêche commerciale; 40,6 millions sur cinq ans pour des activités de transition et de mise en œuvre, dont 30 millions de fonds fédéraux pour l'aménagement des infrastructures, le développement et la formation, et 10,6 millions pour des activités comme des études sur les pêches, la formation sylvicole, la rédaction des lois nisga'as et ainsi de suite; et environ 4,5 millions pour la transition forestière. En outre, le Canada versera 10,3 millions pour établir un fonds de conservation des pêches et 3,2 millions à la Colombie-Britannique pour aider les

---

(44) Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, volume II, première partie, *Une relation à redéfinir*, p. 255.

(45) *Ibid.*, p. 236.

(46) Ministère des affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC), « Arrangements financiers » « Entente définitive des Nisga'a : résumé des coûts ponctuels », document d'information, mai 1999, sur le site Web du Ministère à http://www.inac.gc.ca/pr/agr/nsga/index_f.html, sous « Le gouvernement du Canada signe l'entente historique avec les Nisga'as ».

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

personnes éventuellement touchées par l'Accord définitif; le Canada et la province se partageront le coût estimé de 3,1 millions de dollars pour les levées des terres nisga'as et 30 millions de dollars pour l'achat d'intérêts appartenant à des tiers.

Selon les documents, la contribution principale de la province au coût de règlement se fait sous la forme de transferts fonciers, les terres des Nisga'as étant évaluées à environ 108,6 millions en dollars de 1999 en vertu de l'Accord définitif, en revenus forestiers perdus évalués à 37,5 millions, et à environ 40 millions de dollars pour l'asphaltage de la route des Nisga'as. Le coût total de l'Accord définitif, comprenant tout ce qui précède, est évalué à 487,1 millions en dollars de 1999, la part fédérale s'établissant à 255 millions.

En outre, un financement tripartite convenu entre le Canada, les Nisga'as et la Colombie-Britannique est explicité dans l'entente financière quinquennale renégociable qui constitue l'un des accords parallèles à l'Accord définitif. Cette entente prévoit à l'origine un transfert annuel de plus de 32 millions de dollars aux Nisga'as, dont 90 p. 100 est déjà disponible en vertu des dispositions actuelles de la *Loi sur les Indiens* touchant les Premières nations nisga'as. Cet argent servira aux programmes et aux services en matière de santé, de services sociaux, d'éducation et d'autres services locaux, ainsi qu'à la gestion des terres et des ressources. Le gouvernement nisga'a participera au programme et à la prestation des services en vertu d'un deuxième accord parallèle, sur les revenus autogérés, qui explique comment les revenus nisga'as provenant de sources commerciales, d'investissements et de taxes serviront, avec le temps, à réduire les transferts fiscaux en provenance du Canada et de la province. Cette entente aura une durée minimale de 12 ans, et elle pourrait être reconduite de deux ans en deux ans.

3. La question de la démocratie

Des observateurs ont qualifié de non démocratiques certaines dispositions sur l'autonomie gouvernementale du chapitre 11 de l'Accord définitif. Les détracteurs ont des réserves du fait que la Constitution nisga'a ne rend le gouvernement nisga'a explicitement responsable qu'envers les citoyens nisga'as, que seuls les citoyens nisga'as aux termes de la loi nisga'a ont le droit d'élire les membres du gouvernement nisga'a, alors qu'un gouvernement nisga'a aurait le droit d'adopter des lois qui touchent des résidants des terres nisga'as qui ne sont

pas des Nisga'as[47]. En revanche, l'Accord définitif n'interdit pas de conférer la citoyenneté nisga'a à un non-Autochtone aux termes de la loi nisga'a, par exemple une personne qui vit sur le territoire nisga'a mais qui n'est pas un Nisga'a.

Certains ont reproché à la structure du gouvernement nisga'a d'être un type de gouvernement fondé sur la race qui contrevient au principe de l'égalité devant la loi et accorde aux Nisga'as un « statut spécial ». D'autres ont affirmé que l'Accord définitif assujettit les résidants non nisga'as à une imposition sans représentation. En fait, le chapitre 16 de l'Accord définitif – portant sur les questions fiscales – limite explicitement le pouvoir d'imposition direct du gouvernement nisga'a aux citoyens nisga'as vivant sur des terres nisga'as. Ce même chapitre prévoit en revanche la possibilité de négociations fédérales ou provinciales avec les Nisga'as au sujet de l'expansion éventuelle de l'application du pouvoir d'imposition direct à des résidants non nisga'as vivant sur des terres nisga'as[48].

4. La question du modèle

Certains, dont au départ le premier ministre d'alors de la Colombie-Britannique, qualifient l'Accord définitif de modèle pour la négociation d'autres ententes en Colombie-Britannique. Les détracteurs de l'Accord en concluent que les ententes futures se révéleront indûment coûteuses pour la province et risquent de donner lieu à des structures gouvernementales nombreuses, complexes et balkanisées.

Les Nisga'as ne voient pas dans l'Accord définitif un modèle passe-partout. D'autres Premières nations de la Colombie-Britannique, et d'autres personnes encore, sont aussi d'avis que l'Accord définitif ne peut pas nécessairement servir de modèle à des traités modernes

---

(47) Il importe de noter à cet égard que, aux termes de la *Loi sur les Indiens*, les bandes indiennes sont autorisées à instituer leurs propres règles d'appartenance depuis 1985, et que seuls les membres des bandes ont le droit de voter aux élections au conseil de bande. Sur le plan de l'interprétation, le fait que la constitution nisga'a doive préciser la responsabilité vis-à-vis des citoyens nisga'as ne signifie pas pour autant qu'il est interdit d'instituer des mesures additionnelles de reddition de comptes.

(48) Depuis 1988, la *Loi sur les Indiens* autorise les Premières nations à percevoir des impôts sur le territoire des réserves, y compris sur les terrains loués à des résidants ou à des entreprises non autochtones. Les règlements concernant les impôts fonciers des Premières nations doivent être approuvés par le ministre fédéral des Affaires indiennes et du Nord canadien. De nombreuses Premières nations de la Colombie-Britannique ont adopté des règlements fiscaux depuis 1990. La *Indian Self-Government Enabling Act* de 1990 de la Colombie-Britannique prévient la double imposition en prévoyant le retrait des autorités provinciales et municipales de l'imposition des terres des réserves lorsque des règlements fiscaux des Premières nations entrent en vigueur.

ultérieurs compte tenu de la grande diversité des situations et des contextes géographiques des Premières nations de la province et de leurs revendications[49]. Les représentants du gouvernement conviennent qu'on a tort de dire de l'Accord qu'il est un modèle, mais ajoutent cependant que certaines dispositions ont néanmoins des chances de se retrouver dans tous les traités futurs. Il s'agit le plus vraisemblablement des dispositions générales. Il importe aussi de noter à cet égard que de nombreuses dispositions de l'Accord définitif lui-même reflètent des dispositions concernant des matières analogues contenues dans des règlements antérieurs de revendications territoriales.

5. La question du chevauchement

Depuis 1993, la Première nation gitanyow est engagée dans des négociations en vertu du régime de traité de la Colombie-Britannique. La plus grande partie du territoire revendiqué se trouve dans le bassin de la Nass; en vertu de l'Accord définitif, les Nisga'as ont des titres à des portions de ce territoire. Les Gitxsans[50] et les Tahltans revendiquent également la propriété de territoires dans le bassin de la Nass[51].

En mars 1998, avant la conclusion de l'Accord définitif, les chefs héréditaires des Gitanyows ont intenté une poursuite visant à faire déclarer : 1) que le Canada et la Colombie-Britannique, lorsqu'ils entreprennent de négocier ou négocient un traité avec les Gitanyows sous le régime de négociation provincial, sont tenus de négocier de bonne foi et de faire tout ce qu'ils peuvent pour parvenir à un traité et 2) que le fait, pour le fédéral et la province, de conclure un traité avec les Nisga'as ou de prévoir, à toute fin reliée au traité nisga'a, une affectation pour les terres et les ressources en litige entre les Gitanyows, le Canada et la Colombie-Britannique, avant la conclusion d'un traité avec ces derniers, seraient contraire à l'obligation de la Couronne de

---

(49) À titre d'exemple, le chapitre portant sur la gouvernance de l'entente de principe concernant les Sechelt signée en avril 1999 n'est pas modelé sur l'Accord définitif. Aux termes de l'entente de principe conclue avec les Sechelt – la première issue du processus de la Commission des traités de la Colombie-Britannique – le gouvernement autonome sechelt existant est maintenu aux termes des conditions énoncées dans la *Sechelt Indian Self-Government Act* de 1986, lesquelles ne jouissent d'aucune protection constitutionnelle. On peut consulter l'entente de principe sur le Web du ministère des Affaires autochtones de la Colombie-Britannique (http://www.aaf.gov.bc.ca/aaf/nations/ sechelt/secheltaip199.htm).

(50) Culturellement, les Gitanyows sont des Gitxsans.

(51) Pour une analyse des revendications chevauchantes dans le bassin de la Nass du point de vue des Gitanyows et des Gitxsans, voir Neil Sterritt, « The Nisga'a Treaty: Competing Claims Ignored! », *B.C. Studies*, n° 120, hiver 1998-1999, p. 73.

négocier de bonne foi, minerait considérablement la prétention des Gytanyows à un chevauchement territorial dans la vallée de la Nass et rendrait nul le processus de négociation d'un tel traité[52].

En mars 1999, le juge Williamson de la Cour suprême de la Colombie-Britannique s'est prononcé sur la première revendication. Il soutient que le fédéral et la province n'étaient pas tenus d'entreprendre des négociations avec les Gitanyows mais, puisqu'ils les ont entreprises, leur obligation de fiduciaire à l'endroit des peuples autochtones entraîne le devoir de négocier de bonne foi, qui lie tous les représentants de la Couronne. Un avis a été produit à ce sujet[53]. En avril, le Canada et la Colombie-Britannique ont fait appel du jugement, entre autres motifs, parce que le fait de soumettre le régime de négociation de traités à la juridiction des tribunaux pourrait judiciariser les négociations[54]. Prévu au départ pour mai 2000, l'appel, tout comme la seconde revendication soulevée par les Gitanyows, reste en suspens[55]. En novembre 1999, à la suite de la reprise des négociations en juin de la même année[56], le gouvernement fédéral et la Colombie-Britannique ont fait aux Gitanyows une offre à la fois territoriale et pécuniaire[57]. Même si les Gitanyows ont jugé que cette offre conjointe ne tenait pas adéquatement compte de leur préoccupations[58], les parties ont continué à négocier[59], et il semble y avoir eu des progrès en 2000 et en 2001[60].

Les problèmes du chevauchement sont susceptibles de toucher beaucoup de revendications territoriales dans la province. Le juge Williamson note, en décidant d'une

---

(52) *Gitanyow First Nation* c. *Canada*, [1999] 1 C.N.L.R. 66, par. 1 (C.S. C.-B.).

(53) *Luuxhon et al.* c. *Her Majesty The Queen in Right of Canada et al.*, [1999] 3 C.N.L.R. 89, par. 70-75.

(54) MAINC, « Le gouvernement fédéral s'inquiète qu'une décision mine le processus de négociation des traités – Appel du jugement *Luuxhon* », communiqué de presse, Vancouver, 21 avril 1999, sur le Web à l'adresse http://www.inac.gc.ca/nr/prs/j-a1999/index_f.html.

(55) Correspondance avec un représentant du MAINC, 20 septembre 2001.

(56) Commission des traités de la Colombie-Britannique, *Annual Report 1999*, « First Nations in Stage 4, Agreement in Principle Negociations : Gitanow Hereditary Chiefs », juin 1999, sur le site Web de la Commission (http://www.bctreaty.net/annuals/99stage4.html).

(57) Ministère des Affaires autochtones de la Colombie-Britannique, « Canada and B.C. Present Settlement Offer to Gitanyow », communiqué de presse, 29 novembre 1999 (http://www.aaf.gov.bc.ca/aaf/gitoffernov27.htm).

(58) Suzanne Fournier, « Offer Insulting, Say Gitanyow », *Vancouver Province*, 30 novembre 1999, p. A15.

(59) Commission des traités de la Colombie-Britannique, *Annual Report 2000*, « Status of Each Negotiation », juin 2000, sur le site Web de la Commission (http://www.bctreaty.net/annuals/00status.html).

(60) Commission des traités de la Colombie-Britannique, *Annual Report 2001: The Year in Review*, « Status of Each Negociation Table », septembre 2001, sur le site Web de la Commission

question préliminaire de procédure dans le dossier Gitanyow, qu'une pléthore de demandes aux tribunaux semble inévitable à moins que le régime de négociation de traités ne règle les revendications chevauchantes. À son avis, à défaut de régler ce problème évident, les parties pourraient fort bien se voir imposer par les tribunaux des règlements moins acceptables à leurs yeux que des règlements négociés[61].

Dans l'arrêt *Delgamuukw* c. *Colombie-Britannique*, la Cour suprême du Canada a encouragé les négociations plutôt que la judiciarisation des revendications territoriales autochtones, ajoutant que ces négociations devraient également inclure les autres nations autochtones qui revendiquent le même territoire[62]. La Commission des traités de la Colombie-Britannique a également souligné l'urgence du règlement de la question délicate des chevauchements par les gouvernements et les Premières nations.

> Durant l'examen du mode de négociation des traités entrepris à la suite de l'arrêt *Delgamuukw* [Cour suprême du Canada, 1997], le Sommet des Premières nations, le Canada et la Colombie-Britannique sont convenus de se pencher sur la question des chevauchements. La Commission des traités estime que l'expérience acquise en Colombie-Britannique et ailleurs amènera les parties à conclure qu'il est essentiel de résoudre les problèmes de chevauchement très tôt dans les négociations, bien avant que les parties s'entendent sur le contenu d'une entente de principe.[63]

La Commission des traités a proposé que les ententes de principe ne soient signées que si des critères clés en matière de revendications chevauchantes sont respectés[64]. Cette position a été reprise par le commissaire en chef de la Commission des traités devant les comités parlementaires chargés d'étudier la loi fédérale de ratification[65].

---

http://www.bctreaty.net/annuals/2001 Annual Report.pdf.

(61) *Gitanyow First Nations* v. *Canada*, [1998] 4 C.N.L.R. 478, par. 41 (C.S.C.-B.).

(62) [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 185-186.

(63) Commission des traités de la Colombie-Britannique, *Annual Report 1998*, à l'adresse http://www.bctreaty.net/annuals/98overlaps.html (traduction).

(64) Commission des traités de la Colombie-Britannique, *Newsletter*, « Overlap Agreements a Must in Treaty Negociations », Vancouver, octobre 1998, à l'adresse http://www.bctreaty.net/updates/oct98overlap.html.

(65) Voir dans le fascicule n° 4 du 23 février 2000 du Comité sénatorial permanent des Peuples autochtones, le témoignage de Miles Richardson. Le texte peut être consulté sur le site Web du Comité.

Les parties, la Commission des traités, les groupes de Premières nations et des spécialistes des questions autochtones s'entendent en général pour dire qu'il vaut mieux que les questions de chevauchement soient réglées par les Premières nations concernées avant la conclusion d'un accord de revendication territoriale. D'après le ministre des Affaires indiennes et du Nord, la politique fédérale est la suivante : même en l'absence d'un accord de chevauchement, un traité peut être passé avec une Première nation 1) si le groupe a négocié de bonne foi avec ses voisins, 2) si les mesures prises pour régler la question du chevauchement n'ont pas abouti et 3) si le traité prévoit expressément qu'il n'aura aucun effet sur les droits autochtones ou issus de traités d'un autre groupe autochtone[66].

6. La question de l'extinction des droits

Les notions très problématiques de cession et de renonciation associées à la question de « l'extinction » des droits utilisées dans des textes antérieurs ne figurent pas dans l'Accord définitif. Selon certains, l'approche des « droits modifiés » adoptée dans les dispositions générales du chapitre 2 dont il a été question plus haut, et qui porte sur la définition exhaustive des droits aux termes de l'article 35 et sur l'abandon des droits ancestraux, produit essentiellement les mêmes résultats. Cette question demeure pressante pour les Premières nations, pour lesquelles l'extinction des droits ou son équivalent ne doit pas être une précondition à la conclusion d'un traité. D'autres estiment que ces termes sont nécessaires parce que les traités doivent aboutir à des certitudes et à des situations définitives.

À cet égard, il importe de noter que des rapports remis au gouvernement fédéral portent sur la question de l'extinction des droits. En 1995, un enquêteur fédéral chargé d'étudier divers modèles de traité[67] et la Commission royale sur les peuples autochtones ont dit qu'il

---

(66) *Ibid.*, voir dans le fascicule n° 7 du 23 mars 2000 le témoignage de l'honorable Robert Nault, C.P., sur le site Web du Comité.

(67) L'honorable A. C. Hamilton, *A New Partnership*, Ottawa, ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 1995. Hamilton a indiqué qu'on pourrait obtenir le niveau de certitude requis en incorporant six éléments essentiels aux traités, à savoir : des dispositions précisant en détail les droits de toutes les parties à l'égard des terres et des ressources ainsi que les droits d'autres parties touchées par le traité; des dispositions d'assistance mutuelle dans lesquelles les parties conviennent de respecter le traité; des déclarations mutuelles portant que le traité satisfait les revendications de toutes les parties aux terres couvertes par le traité et qu'aucune autre revendication ne sera faite à l'exception de celles qui découlent du traité; un mécanisme de résolution des différends, etc.

pourrait être possible d'atteindre un degré de certitude sans extinction des droits, la seconde recommandant que l'on renonce à cette politique en faveur d'une démarche dans laquelle les traités modernes sont considérés comme des instruments de coexistence[68]. Le ministre des Affaires indiennes de l'époque a dit qu'il étudierait plus à fond la question de l'extinction des droits à la lumière du contenu de ces rapports et d'autres propositions. En avril 1999, le Comité des droits de l'homme de l'ONU a recommandé au gouvernement fédéral d'abandonner la pratique de l'extinction des droits autochtones inhérents en raison de son incompatibilité avec l'article 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[69]. Pour l'instant, aucune nouvelle politique globale n'a été annoncée, si bien que cette question litigieuse pour les groupes autochtones n'est pas résolue.

D. Ratification de l'Accord définitif

La validité de l'Accord définitif dépend de sa ratification par les Nisga'as, la Colombie-Britannique et le Canada.

Pour les Nisga'as, le processus de ratification impliquant l'examen de l'Accord par l'assemblée nisga'a, suivi d'un référendum, a été complété en novembre 1998. Les membres de la Nation nisga'a ont approuvé l'Accord définitif par un vote de 1 451 (61 p. 100) contre 558 (23 p. 100); 356 (15 p. 100) électeurs admissibles se sont abstenus[70]. Une grande préoccupation des opposants semblait être qu'une trop grande partie du territoire avait été concédée par les négociateurs nisga'as par rapport à ce qui avait été réclamé au départ[71].

---

(68) Commission royale sur les peuples autochtones, *Conclure des traités dans un esprit de coexistence - Une solution de rechange à l'extinction du titre ancestral*, Ottawa, ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 1995.

(69) *Concluding Observations of the Human Rights Committee: Canada*, CCPR/C/79/Add. 105, 7 avril 1999, par. 8. Voir aussi Concluding Observations of the Committee on Economic Social and Cultural Rights: Canada, E/C.12/1/Add. 31, 10 décembre 1998. Les documents figurent sur le site Web du Haut Commissariat aux droits de l'homme de l'ONU à http://www.unhchr.ch/

(70) Canada NewsWire, « Official Results of the Vote on the Nisga'a Treaty and the Nisga'a Constitution », New Aiyansh, C.-B., 13 novembre 1998. Par ce vote, les membres de la Nation nisga'a acceptaient aussi la Constitution nisga'a prévue au chapitre 11 de l'Accord.

(71) En avril 2000, la cour suprême de la Colombie-Britannique a jugé que la demande d'injonction interlocutoire d'un petit groupe de Nisga'as visant à empêcher l'entrée en vigueur de la loi fédérale de ratification ne devait pas être entendue pendant que le projet de loi faisait l'objet d'une étude au Sénat : *House of Sga'nism, Nisibilada* c. *Canada*, 5 avril 2000 [2000] B.C.J. n° 831 (Q.L.), confirmé par la cour d'appel de la C.-B. le 20 avril, [2000] B.C.J. n° 821. Le 20 avril, une fois terminées les délibérations du Parlement sur la ratification, la cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la demande, jugeant que dans les circonstances, il n'était pas indiqué de prendre une mesure extraordinaire enjoignant au gouvernement de ne pas s'acquitter de ses responsabilités légales.

La ratification par le Canada et la Colombie-Britannique impliquait la signature de l'Accord définitif par un ministre autorisé et la promulgation d'une loi de mise en vigueur. Le 30 novembre 1998, le projet de loi 51 sur l'Accord définitif nisga'a était déposé à l'assemblée législative de la Colombie-Britannique. Il était adopté en deuxième lecture le 13 janvier 1999 et l'examen détaillé par un comité plénier commençait le jour suivant[72]. À la suite d'une motion du gouvernement pour mettre fin au débat, le projet de loi a été adopté le 22 avril[73]. L'examen législatif du projet de loi 51 a souvent donné lieu à l'expression de vues divergentes sur les enjeux constitutionnels évoqués ci-dessus, ainsi que sur d'autres questions juridiques et constitutionnelles.

Le 4 mai 1999, la ministre des Affaires indiennes et du Nord, Jane Stewart, signait l'Accord définitif au nom du Canada. Le processus législatif fédéral a commencé le 21 octobre avec le dépôt à la Chambre des communes du projet de loi C-9, Loi portant mise en vigueur de l'Accord définitif Nisga'a. Le 1er novembre, le projet de loi était renvoyé au Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord de la Chambre des communes à la suite d'une motion d'attribution de temps pour limiter le débat en deuxième lecture. Il en a été fait rapport à la Chambre, sans amendement, après des audiences tenues à Ottawa et en Colombie-Britannique du 3 au 25 novembre, au cours desquelles le Comité a entendu des vues divergentes, favorables et défavorables à l'Accord, et essentiellement de nature juridique et constitutionnelle. Après que plusieurs centaines d'amendements proposés par des députés du Parti réformiste eurent été défaits à l'étape du rapport, le projet de loi C-9 a été adopté par la Chambre des communes le 13 décembre et présenté au Sénat le lendemain.

Le Comité sénatorial permanent des Peuples autochtones, saisi du projet de loi le 9 février 2000, a tenu des audiences à Ottawa du 16 février au 23 mars. En gros, les témoignages entendus par le Comité portaient sur des questions semblables à celles soulevées devant le Comité de la Chambre des communes, notamment la constitutionnalité de l'Accord définitif et

---

(72) On peut consulter les débats sur le site Web de l'assemblée législative de C.-B. à l'adresse http://www.legis.gov.bc.ca/1998-99/hansard/, sous la rubrique « Hansard Finals ». Les débats du 19 au 21 janvier sur le chapitre 2 (Dispositions générales) et du 13 au 20 avril sur le chapitre 11 (Gouvernement nisga'a) pourraient être d'un intérêt particulier.

(73) Comme l'ajournement de l'assemblée législative coïncidait avec la nomination d'un nouveau ministre des Affaires autochtones, l'examen du projet de loi a été interrompu du 1er février au 29 mars.

les iniquités pouvant découler de la question non résolue du chevauchement[74]. Le 29 mars, le Comité en faisait rapport au Sénat, sans amendement, mais présentait des observations invitant les parties à faire en sorte que les questions de chevauchement soient résolues à la satisfaction des Premières nations concernées avant de conclure des ententes territoriales avec l'une ou l'autre d'entre elles. Au cours du débat en troisième lecture, il a été proposé que cette lecture soit retardée de six mois pour permettre au gouvernement d'envisager la possibilité d'un renvoi devant la Cour suprême du Canada sur la constitutionnalité de l'Accord définitif, comme certains témoins l'avaient réclamé. Cette proposition a été défaite et le projet de loi C-9 a été adopté le 13 avril. Le gouverneur général lui donnait la sanction royale le même jour.

La promulgation du projet de loi C-9 par le Parlement met un terme au processus de ratification prévu par l'Accord définitif, donnant ainsi effet au premier traité moderne en Colombie-Britannique. L'Accord définitif, entré en vigueur le 11 mai 2000, sera mis en œuvre conformément au plan convenu par les trois parties. L'année suivant la ratification, par exemple, l'Assemblée législative nisga'a (Wilp Si'ayuukhl Nisga'a) a adopté quelque vingt mesures législatives comme l'autorise l'Accord définitif[75].

E. Poursuites judiciaires

Le 19 octobre 1998, les Libéraux de la Colombie-Britannique ont entamé des poursuites judiciaires devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique contre les gouvernements fédéral et provincial et le Conseil tribal des Nisga'a en vue de faire affirmer, entre autres, que l'Accord définitif :

- est inconstitutionnel du fait qu'il institue un gouvernement nisga'a ayant le pouvoir d'adopter des lois qui, dans certains domaines, l'emporteront sur les lois fédérales et provinciales en cas d'incompatibilité;
- constitue une dérogation non autorisée et inconstitutionnelle aux pouvoirs de l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique et du Parlement fédéral;

---

(74) On peut prendre connaissance des délibérations sur le projet de loi C-9 en consultant le site Web du Comité, aux dates indiquées.

(75) Edward Allen, « The Year So Far, the Year Ahead », *Hak'ak'a'a: The Key To The Nisga'a Nation*, vol. 1, n° 1, juillet 2001, sur le site Web de la Nation Nisga'a (http://www.ntc.bc.ca/July01opt.pdf).

- contrevient aux dispositions de la Charte concernant les droits démocratiques en refusant aux citoyens non nisga'as le droit d'élire les membres du gouvernement nisga'a ou d'être membres de ce gouvernement(76).

Les Libéraux provinciaux étaient d'avis qu'on n'aurait pas dû adopter des lois provinciales et fédérales pour faire entrer en vigueur les mesures contenues dans l'Accord définitif tant que l'Assemblée législative et le Parlement n'auraient pas adopté de résolutions portant modification de la Constitution. Ils voulaient un régime d'autonomie gouvernementale autochtone délégué qui soit véritablement de type municipal et affirmaient que les habitants de la Colombie-Britannique avaient le droit de se prononcer par référendum sur les principes de base des traités(77).

En février 1999, un juge de la Cour suprême provinciale a conclu que la cause intentée par les Libéraux ne devrait pas être entendue avant que les lois mettant en œuvre l'Accord définitif n'aient été adoptées par l'Assemblée législative et le Parlement fédéral(78). L'affaire a été entendue en mai 2000 et, le 24 juillet 2000, le juge Williamson a rejeté la requête des demandeurs(79) Voici essentiellement les conclusions auxquelles il est arrivé :

- Bien que le droit à l'autonomie gouvernementale des Autochtones ait été diminué par la déclaration de souveraineté de la Couronne britannique et après la Confédération, il ne s'est jamais éteint.
- Les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'ont pas accordé tout le pouvoir législatif au Parlement et aux assemblées législatives des provinces, mais seulement les pouvoirs détenus auparavant par les colonies. Ils n'ont aucunement porté atteinte, par exemple, à la prérogative royale de négocier des traités avec des groupes autochtones, pas plus qu'il n'ont supplanté le préambule constitutionnel, dont les principes et les valeurs tacites sont fondamentaux pour la Constitution.

---

(76) Parti libéral de la Colombie-Britannique, « Press Statement on Nisga'as Court Proceedings », Victoria, 19 octobre 1998 (traduction).

(77) *Ibid.*

(78) *Gordon Campbell et al.* v. *Attorney General of British Columbia et al.*, [1999] B.C.J. N° 233 (Q.L.).

(79) *Campbell et al.* v. *A.G.B.C./A.G.Can. & Nisga'a Nation et al.*, 2000 BCSC 1123.

- Les droits ancestraux représentaient de tels principes tacites aussi bien dans la politique impériale avant la Confédération, qu'après la Confédération. Les décisions de la Cour suprême du Canada

> soutiennent la thèse selon laquelle les droits ancestraux et en particulier un droit à l'autonomie gouvernementale s'apparentant à un pouvoir législatif de faire des lois, sont demeurés une des « valeurs sous-jacentes » tacites de la Constitution en dehors des pouvoirs distribués en 1867. La répartition fédérale-provinciale des pouvoirs visait un enjeu différent et était « interne » pour la Couronne.

- Les peuples autochtones du Canada, y compris les Nisga'as, avaient des systèmes juridiques avant le premier contact et ceux-ci se sont maintenus sous une forme diminuée. Depuis 1867, les tribunaux canadiens ont appliqué les lois autochtones, preuve qu'un droit limité à l'autonomie gouvernementale a persisté à la suite de la déclaration de souveraineté de la Couronne britannique.
- La Cour suprême du Canada a confirmé qu'en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les droits issus de traités tels que ceux énoncés dans l'Accord définitif, ainsi que les droits ancestraux, ne sont pas absolus. Le Parlement ou l'assemblée législative peut porter atteinte aux droits de l'article 35, à condition que la Couronne justifie cette ingérence, tout en tenant compte de l'honneur de la Couronne.
- Ainsi, alors que l'article 35 garantit et protège l'autonomie gouvernementale limitée que les Nisga'as ont conservée après la déclaration de souveraineté, les décisions prises conformément à l'exercice de ce droit maintenant issu de traité peuvent faire l'objet d'une atteinte.

> L'Accord définitif, négocié en parfaite connaissance de l'effet limité [...] de la promesse constitutionnelle de l'article 35, limite les droits des nouveaux gouvernements nisga'as de légiférer [...]

Par suite de ces limitations, les pouvoirs gouvernementaux des Nisga'as ne sont ni absolus ni souverains.

- L'Accord définitif ne porte pas atteinte à la disposition sur le droit de vote contenue à l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* : premièrement, l'article 25 de la Charte empêche les droits issus de traités des Nisga'as d'être érodés par d'autres dispositions

de la Charte[80] et, deuxièmement, la disposition sur le droit de vote s'applique exclusivement aux élections à la Chambre des communes et aux assemblées législatives provinciales.

- Il n'est pas inhabituel pour des citoyens d'être assujettis à des lois sans avoir participé d'une façon quelconque au choix des candidats de l'institution qui les a promulguées, ni d'y avoir été candidats, comme les exigences de résidence provinciales et d'autres pratiques réglementaires ou administratives le démontrent.

Les demandeurs ont déposé un avis d'appel de cette décision à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Toutefois, en août 2001, les libéraux de la Colombie-Britannique, en tant que gouvernement et donc partie à l'Accord depuis mai 2001, ont abandonné leur appel[81]. L'administration libérale s'emploie à remplir un engagement électoral controversé, soit de tenir un référendum provincial sur les principes qui sous-tendent la conclusion de traités dans l'année suivant son élection[82]. Les critiques du projet référendaire craignent, entre autres choses, qu'il favorisera une polarisation accrue entre les résidants autochtones et non autochtones de la province, soumettra les droits de la minorité à la règle de la majorité, accentuera l'incertitude économique et ne produira probablement pas de lignes directrices utiles.

Il y a eu au moins trois autres contestations de la constitutionnalité de l'Accord définitif :

- Dans une déclaration déposée en octobre 1998, un groupe de plaignants représentant des intérêts des pêches de la Colombie-Britannique[83] a cherché à faire renverser l'Accord définitif ou à forcer la tenue d'un référendum. Le groupe a affirmé, entre autres, que l'Accord définitif vise à établir un gouvernement qui n'est pas autorisé par la Constitution, qu'il ne garantit pas que le gouvernement nisga'a sera suffisamment responsable et qu'il institue une pêche commerciale fondée sur la race. La cause n'a pas été entendue.

---

(80) Voir la note 40 et le texte qui l'accompagne.

(81) L'Accord définitif prévoit qu'aucune des parties ne contestera la validité d'une disposition de l'accord ni n'appuiera une contestation en ce sens (chapitre 2, article 20).

(82) En août 2001, un comité a été formé de membres libéraux de l'Assemblée législative pour sonder l'opinion des résidants de la province sur des questions référendaires appropriées et en rendre compte au gouvernement au plus tard le 30 novembre 2001. Les deux députés du NPD ont annoncé qu'ils boycotteraient les travaux du comité libéral et formeraient un comité parallèle, au sein duquel seraient représentées les Premières nations, afin de mener leurs propres consultations publiques.

(83) Ce groupe est formé de la BC Fisheries Survival Coalition, des pêcheurs commerciaux, de la Area C Salmon Gillnet Association et du député réformiste fédéral John Cummins.

- En décembre 1999, un autre groupe de plaignants[84] a intenté un recours collectif affirmant, entre autres, non seulement que la création d'un ordre de gouvernement non autorisé est inconstitutionnel, mais aussi que ni le Parlement ni l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique n'ont le pouvoir de céder des terres et des ressources aux Nisga'as. La cause n'a pas été entendue.
- En mars 2000, des membres de la bande de Kincolith, de la Nation nisga'a, ont lancé une contestation concernant l'Accord définitif, alléguant entre autres qu'il violait la Charte ainsi que la répartition constitutionnelle des pouvoirs[85]. Ce n'est pas la première fois que ces parties entament des procédures : en 1998, la Cour suprême[86] et la Cour d'appel[87] de la Colombie-Britannique ont rejeté leur contestation concernant la légalité de l'entente de principe. La semaine du 17 septembre 2001, le Canada, la Colombie-Britannique et la Nation nisga'a se sont présentés devant la Cour suprême de la province pour réclamer le retrait ou la modification de certaines parties de la déclaration des demandeurs dans la cause en instance[88].

---

(84) Le groupe comprend un plaignant non-autochtone – auquel pourraient se joindre d'autres personnes qui se trouvent dans la même situation – qui affirme que ses droits en tant que propriétaire seront touchés lorsque sa propriété sera entourée de terres appartenant aux Nisga'as, ainsi que la B.C. Citizens First Coalition.

(85) *Sga'nisim Sim'augit* v. *Canada, British Columbia, the Nisga'a Nation et al.*, ou l'affaire Chief Mountain.

(86) *Frank Barton and James Robinson* v. *Nisga'a Tribal Council et al.*, Kamloops Registry No. 24853, 31 juillet 1998.

(87) *Frank Barton and James Robinson* v. *Nisga'a Tribal Council et al.*, CA025009 et 025019, 1er octobre 1998.

(88) Entrevue avec un représentant du MAINC, 21 septembre 2001.